

**CUADERNOS COMPOSTELANOS
DE DERECHO ROMANO**

Rafael Domingo

**ESTUDIOS SOBRE EL PRIMER TÍTULO
DEL EDICTO PRETORIO**

**III
Palingenesia y Reconstrucción**

UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

1995

DOMINGO, Rafael

Estudios sobre el Primer Título del Edicto Pretorio / Rafael Domingo. — Santiago de Compostela : Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 1995. — 133 p. ; 24 cm. — (Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano ; 7). — III : Palingenesia y Reconstrucción. — Indices. — D.L. 530-1995. — ISBN 84-8121-242-3

1. Dereito romano. I Universidade de Santiago de Compostela. Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, ed. II. Serie

347 (37)

© Universidade de
Santiago de Compostela, 1995

Coordinador de la colección

Xavier d'Ors
Facultad de Derecho
Universidad de Santiago de Compostela
(España)

EDITA: Servicio de Publicacións
e Intercambio Científico
Campus Universitario

IMPRIME: Imprenta Universitaria
Campus Universitario

ISBN: 84-8121-242-3
Dep. Leg.: C-530/1995

ALVARO D'ORS
OCTOGENARIO
DICATUM

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
ABREVIATURAS Y SIGLAS ESPECIALES	13

PRIMERA PARTE: ESTUDIO DE LOS RESTANTES EDICTOS DEL TÍTULO I *DE IURISDICTIONE*

I. EL EDICTO DE COMPARECENCIA ANTE EL MAGIS- TRADO MUNICIPAL	19
A. Comentario de la base textual	21
1. Interpretación de Paulo, D. 2,5,2	22
2. Interpretación de Ulpiano, D. 2,5,1 y de Paulo, D. 2,6,1	28
B. Propuesta de reconstrucción.....	31
II. EL EDICTO SOBRE DELEGACIÓN DE LA <i>CAUTIO DAM- NI INFECTI</i> A LOS MAGISTRADOS MUNICIPALES	32
A. Determinación y comentario de la base textual	32
1. Comentario de los fragmentos excluidos por Lenel de la base textual	34

2. Fragmentos referidos a la <i>cautio damni infecti</i> en los municipios	38
3. La acción contra el magistrado municipal negligente .	46
B. Datación y reconstrucción	49
III. EL EDICTO SOBRE LOS FUGITIVOS	52
A. Determinación y comentario de la base textual	52
1. Disposiciones extraedictales referidas por Ulpiano,	
D. 11,4,1pr.-2	54
2. Posible contenido edictal referido por Ulpiano,	
D. 11,4,1,3-8a	58
B. Datación, ubicación edictal y propuesta de reconstrucción	64
IV. EL EDICTO DE “RETORSIÓN”	66
A. Datación	66
B. Comentario del edicto	70
1. La expresión “ <i>qui iurisdictioni praeest</i> ”	71
2. “ <i>Ius novum statuere</i> ”	74
3. La aplicación del edicto de retorsión a los particulares	78
4. La sanción edictal	79
C. Ubicación y reconstrucción	81
V. EL EDICTO DE ALBO CORRUPTO	84
A. Comentario de la base textual	84
1. “ <i>Album corruptum</i> ”	87
2. Autoría	91
a) Repercusiones procesales de la <i>scientia domini</i>	92
b) Pluralidad de delincuentes	98
3. La acción <i>de albo corrupto</i>	99
B. Datación del edicto <i>de albo corrupto</i>	101
C. Propuesta de reconstrucción	102

SEGUNDA PARTE:
PALINGENESIA Y RECONSTRUCCIÓN
DEL TÍTULO I *DE IURISDICTIONE*

I. NUEVA PALINGENESIA DEL TÍTULO I <i>DE IURISDICTIONE</i>	105
II. PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN DEL TÍTULO I <i>DE IURISDICTIONE</i>	121
ÍNDICE DE FUENTES	123

PRÓLOGO

Con este tercer *Cuaderno Compostelano*, finaliza mi investigación sobre el título I del Edicto pretorio. En el primer *Cuaderno*, me ocupé principalmente de los criterios metodológicos necesarios para llevar a cabo una *Palingenesia* del título I *De iurisdictione*, y los apliqué, con más o menos acierto, al edicto por desacato al decreto del magistrado municipal, que abría el *album*. En el segundo *Cuaderno*, prescindiendo del orden edictal, centré mi atención en el edicto que denominé de competencia jurisdiccional, ubicado en el quinto lugar del *album*. El motivo de esta alteración del orden edictal fue que este edicto de competencia jurisdiccional, aunque no se encontraba en las reconstrucciones de Rudorff y Lenel, era, sin duda alguna, la columna vertebral tanto del título *De iurisdictione* como de los comentarios jurisprudenciales *ad hoc titulum*.

En este tercer y último *Cuaderno Compostelano*, estudio los edictos del título *De iurisdictione* no tratados en los *Cuadernos* anteriores: el edicto de comparecencia ante el magistrado municipal, el de delegación de la *cautio damni infecti* a los magistrados municipales, el edicto sobre los fugitivos, el edicto de retorsión y el edicto *de albo corrupto*. Al final del fascículo, presento, a modo de conclusión, una nueva *Palingenesia* de los

comentarios de Ulpiano, Paulo, Gayo y Juliano al título *De iurisdictione*, así como un intento de reconstrucción de este título edictal. Con carácter general, he procurado no separarme del orden leneliano propuesto en su *Palingenesia Iuris Civilis*, de 1889, salvo que hubiera un motivo claro de discrepancia.

A medida que he ido avanzando en la reconstrucción edictal, me he visto en la obligación de rectificar algunas afirmaciones, sobre todo relacionadas con la ubicación de fragmentos, defendidas en estudios anteriores. Así lo he advertido en los lugares pertinentes con una nota explicatoria a pie de página. Estas rectificaciones me han confirmado una vez más que la investigación es esencialmente autocrítica.

No quiero terminar este prólogo sin agradecer a la Fundación Alexander von Humboldt la concesión de la beca que me está permitiendo trabajar durante el curso académico 1994-95 en el Leopold Wenger-Institut de la Universidad de Munich, bajo la dirección del Profesor Dieter Nörr; al Profesor Javier d'Ors, la revisión del original y sus desinteresadas atenciones durante mis estancias estivales en la Universidad compostelana; y al Profesor Álvaro d'Ors, la lectura reposada del manuscrito y sus continuos consejos estimulantes durante estos primeros años de investigación edictal.

Munich, 28 de noviembre de 1994

Rafael Domingo

ABREVIATURAS Y SIGLAS ESPECIALES

BELLEN	BELLEN, <i>Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich</i> (Wiesbaden 1971).
BESELER, <i>Beiträge</i>	BESELER, <i>Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen</i> I (1910), II (1911), III (1913), IV (1920) (todos en Tübingen), V (Leipzig 1931).
BETANCOURT	BETANCOURT, <i>Recursos supletorios de la "cautio damni infecti" en el derecho romano clásico</i> , en <i>AHDE</i> . 45(1975)7-121.
BRANCA	BRANCA, <i>Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano</i> (Padova 1937).
BURCKHARD	BURCKHARD, <i>Ausführliche Erläuterung der Pandecten</i> . Serie der Bücher 39 und 40. II Teil (Erlangen 1875)
DOMINGO, <i>Estudios I</i>	DOMINGO, <i>Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio I. El edicto por desacato al decreto del magistrado municipal</i> (Santiago de Compostela 1992).
<i>Estudios II</i>	DOMINGO, <i>Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio II. El edicto de competencia jurisdiccional</i> (Santiago de Compostela 1993).

- GENZMER GENZMER, *Talion im klassischen und nachklassischen Recht? Erwägungen über Ursprung und Grundgedanken des Edikts "Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur", en SZ. 62(1942)122-142.*
- HEUMANN-SECKEL, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11^a ed. (Graz 1971).
- KARLOWA, RRG. I KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte I: Staatsrecht und Rechtsquellen* (Leipzig 1885).
- RRG. II KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II, 1: Privatrecht* (Leipzig 1901).
- KASER, RPR. I² KASER, *Das römische Privatrecht I*, 2^a ed. (München 1971).
- RPR. II² KASER, *Das römische Privatrecht II*, 2^a ed. (München 1975).
- ZPR. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht* (München 1966).
- LAMBERTI, LAMBERTI, *"Tabulae Imitanae". Municipalità e "ius Romanorum"* (Napoli 1993).
- LENEL, *Beiträge* LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, en SZ. 2 (1881) 14-83 [=Gesammelte Schriften I (Napoli 1990) pp. 280-349].
- EP.³ LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3^a ed. (Leipzig 1927, reimpr. Aalen 1985).
- Palingenesia LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2 vol. (Leipzig 1889, reimpr. Graz 1960).
- Lex Imitana Á. y J. D'ORS, *Lex Imitana (Texto bilingüe)* (Santiago de Compostela 1988).

DE MARTINO, <i>La giurisdizione</i>	DE MARTINO, <i>La giurisdizione nel diritto romano</i> (Padova 1937).
D'ORS, <i>DPR</i> . ⁸	Á. D'ORS, <i>Derecho Privado Romano</i> , 8ª ed. (Pamplona 1991).
LFM.	Á. D'ORS, <i>La Ley Flavia Municipal</i> (Roma 1986).
PUGLIESE, <i>Processo</i>	PUGLIESE, <i>Il processo civile romano II. Il processo formulare I</i> (Milano 1963).
RUDORFF, <i>EP</i> .	RUDORFF, <i>De iuris dictione Edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt</i> (Lipsiae 1869).
SIMSHÄUSER, <i>Iuridici</i>	SIMSHÄUSER, <i>Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien</i> (München 1973).
VOIGT	VOIGT, <i>Die "lex Fabia de plagiariis"</i> , en <i>Berichte über die Verhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. Philologisch-historische Classe</i> 37(1885)
WIEACKER, <i>RRG. I</i>	WIEACKER, <i>Römische Rechtsgeschichte I</i> (München 1988).

PRIMERA PARTE:

**ESTUDIO DE LOS RESTANTES EDICTOS DEL
TÍTULO I *DE IURISDICTIONE***

I. EL EDICTO DE COMPARECENCIA ANTE EL MAGISTRADO MUNICIPAL

Tras el edicto por desacato al decreto del magistrado municipal¹, figuraba en el *album* el edicto de comparecencia ante el magistrado municipal. Fue mérito de Rudorff dar carta de naturaleza a este edicto en un artículo de 1864 titulado “*Die Prozeßeröffnung nach dem Edict*”². Sin embargo, en la reconstrucción edictal que publicó cinco años después³, no incorporó este edicto, que fue sustituido por el edicto sobre

1. Un comentario extenso de este edicto ofrezco en *Estudios* I, pp. 41-85.

2. Cfr. RUDORFF, *Die Prozeßeröffnung nach dem Edict*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 4(1864)1-122. En este artículo, antepuso Rudorff erróneamente el edicto *si quis in ius vocatus* al edicto *si quis ius dicenti non obtemperaverit*, que ocupaba un segundo lugar en el *album*. Para justificar este cambio de orden, señala, en p. 9, con poco fundamento, que “en el Edicto, la cláusula de la *in ius vocatio* tenía que estar antepuesta, porque en ella se indicaban las multas que el magistrado podía imponer a los que, en interés de su propia jurisdicción, debían comparecer *in iure*”. Según Rudorff, la diferencia entre este edicto y los contenidos en el título *De in ius vocando* era que en aquél se protegía el interés jurisdiccional del pretor, en tanto que en este título *De in ius vocando* se protegían con acciones penales los intereses de los particulares (cfr. p. 9); pero, como ya se explicó en *Estudios* I, pp. 41-85, en aquel edicto se trataba de la jurisdicción municipal.

3. RUDORFF, *De iuris dictione Edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt* (Lipsiae 1869).

el vadimonio de acudir a Roma⁴. Con una orientación metodológica distinta, Lenel retomó el edicto *si quis in ius vocatus non ierit* en sus *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*⁵, y posteriormente lo incorporó a las sucesivas ediciones de su reconstrucción edictal⁶, bajo la larga rúbrica *si quis in ius vocatus ad eum, qui in municipio colonia foro iure dicundo praeerit, non ierit sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit*. Según Lenel, la finalidad de este edicto fue la de “extender a los supuestos de *in ius vocatio* municipal aquellas acciones penales que se encontraban en el título *De in ius vocando*”⁷. Ahora bien ¿acaso no se aplicaba el Edicto del pretor en los municipios itálicos, en los que se encontraba una copia del Edicto?⁸ Entonces ¿por qué era necesario extender a los municipios mediante un edicto especial las acciones penales del título *De in ius vocando*⁹, si éste, como cualquier otro título del Edicto, se aplicaba también en los municipios itálicos?

La hipótesis que quiero defender, apoyándome en las fuentes que sobre este edicto conservamos, es que, mediante este edicto, el pretor impuso a los munícipes *vocati* la obligación de acudir ante el magistrado municipal para que fuera éste, *causa cognita*, y no las partes, quien determinara si tenía o no jurisdicción. De esta forma, el pretor concedió a la *in ius vocatio* ante el *dunvir*, fuera o no éste competente *ad casum*, los mismos efectos que a la *in ius vocatio* ante el pretor.

4. Cfr. RUDORFF, *EP.*, pp. 26-27. Esta misma unión de edictos propuso también KARLOWA, *RRG.* I, pp. 593-594 n. 1.

5. Cfr. LENEL, *Beiträge*, pp. 21-23.

6. Sobre la reconstrucción edictal de Lenel, vid. DOMINGO, *Estudios* I, pp. 21-31.

7. LENEL, *EP.*³, p. 52.

8. Cfr. *lex Irnitana*, cap. 85.

9. Cfr. LENEL, *EP.*³, pp. 65-75.

A. COMENTARIO DE LA BASE TEXTUAL

La escasa base textual utilizable para la reconstrucción de este edicto está formada por tres fragmentos del libro primero de los comentarios de Ulpiano y Paulo *ad edictum*: Ulpiano, D. 2,5,1; Paulo, D. 2,5,2; y Paulo D. 2,6,1¹⁰. Excluyo de la base textual dos fragmentos que, según Lenel, comentarían este edicto: Paulo, D. 50,17,102, que, en mi opinión, se refería al edicto por desacato¹¹, y Paulo, D. 2,12,4, que comentaría el edicto de competencia jurisdiccional¹². De todos

10. Podría pensarse que los fragmentos de Paulo, D. 2,4,19; D. 2,4,21=D. 50,17,103 deberían formar parte de la base textual por estar ubicados en el libro 1 *ad edictum* y tratar de la *in ius vocatio*. Sin embargo, como bien observó LENEL, *Palingenesia* I, c. 967 n. 6, estos textos comentaban, no este edicto, sino el edicto sobre la *cautio damni infecti* municipal, que también trataba de la *in ius vocatio* a propósito del trámite especial de la *denuntiatio* en el proceso cautelar; de ahí su conexión con Ulpiano, 1 *ad ed.*-D. 39,2,4,5 (cfr. ap. II, A, 2).

11. Cfr. DOMINGO, *Estudios* I, pp. 43-45 y 82-83. Evidentemente, por su amplio contenido, este fragmento podría referirse también a este edicto, como piensa LENEL, *Palingenesia* II, c. 422 § 179; *EP.*³, p. 53, donde lo pone en relación con Gayo 4,46.

12. El tenor de Paulo, D. 2,12,4 es el siguiente: *Praesides provinciarum ex consuetudine cuiusque loci solent messis vindemiarumque causa tempus statuere*. Aunque, en un primer momento, pensé con Lenel que este fragmento se refería al edicto sobre la *in ius vocatio* municipal, y por eso no lo incorporé en el comentario sobre el edicto de competencia jurisdiccional (cfr. *Estudios* II, p. 85), ahora me inclino más por la idea de que este fragmento se refería, como su paralelo en el comentario de Ulpiano (D. 2,12,3), al edicto de competencia jurisdiccional, y no al que aquí comentamos. Que D. 2,12,4 esté ubicado en el libro 1 *ad edictum* no es óbice para incorporarlo al edicto de competencia, pues en ese libro se encontraban también otros fragmentos que lo comentan (cfr. D. 5,3,4; D. 50,16,2; D. 50,16,4). El motivo que me lleva a este cambio, en realidad de poca importancia, es doble: a) que su texto paralelo en el comentario de Ulpiano se encuentra en el libro 2, por lo que no pudo referirse al edicto de comparecencia ante el magistrado municipal, que se comentaba en el libro 1 de Ulpiano *ad edictum*; y b) que, tanto en el cap. 49 de la *lex Imitana* (lín. 28, 37 y 41) como en Ulpiano, D. 2,12,3, se habla del *tempus messis vindemiarumque* a propósito del aplazamiento de determinadas causas, es decir, a propósito de la jurisdicción y no de la *in ius vocatio*, que ni tan siquiera se menciona. La prohibición de permitir hacer vadimonios en época de recolección y vendimia,

modos, estas dos mutaciones de la base textual poco van a influir en la reconstrucción de nuestro edicto, pues afectan a textos referidos a cuestiones no estrictamente edictales, sino traídas a colación “con ocasión” del Edicto¹³.

1. Interpretación de Paulo, D. 2,5,2

El fragmento más importante del comentario de Paulo a este edicto es D. 2,5,2, cuyo *principium* transcribo a continuación:

Ex quacumque causa ad praetorem vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit.

En este párrafo principal, Paulo formula el principio procesal romano, válido tanto para el proceso ante el pretor como ante los magistrados municipales, de que el *vocatus* debe acudir en todo caso ante el magistrado para que sea éste y no el *vocatus* quien determine si tiene o no jurisdicción *ad casum*. Esta misma idea, aplicada a las relaciones entre la jurisdicción pretoria y otras jurisdicciones no-municipales, la vuelve a repetir Ulpiano, en D. 5,1,5:

Si quis ex aliena iurisdictione ad praetorem vocetur, debet venire, ut et Pomponius et Vindius scripserunt: praetoris est enim aestimare, an sua sit iurisdictio, vocati autem non contemnere auctoritatem praetoris.

Como ya tuve ocasión de decir¹⁴, en mi opinión, todo el *principium* de D. 2,5,2 se refería exclusivamente a la *in ius vocatio* ante el magistrado municipal¹⁵, por lo que la mención de los pretores sería

a no ser que se trate de causas aplazables en las que en Roma suele haber jurisdicción (lfn. 40-42) se refiere, sin duda alguna, no a vadimonios pre-procesales, sino a vadimonios procesales, que entran en el ámbito de la jurisdicción.

13. A estos textos los he denominado a lo largo de estos *Estudios* con la letra “C”; cfr. DOMINGO, *Estudios* I, p. 34.

14. Cfr. DOMINGO, *Estudios* II, p. 55 n. 138.

15. Así lo vio ya LENEL, *Beiträge*, p. 22; y EP.³, p. 52.

compilatoria. La razón de ser de esta itp. radica en que en el Digesto no se separa la *in ius vocatio* municipal de la urbana, de modo que los Compiladores aprovecharon este texto municipal para formular el principio de comparecencia *in iure* siempre que alguien fuere *vocatus*. La redacción clásica del *principium* del fragmento sería la siguiente: *Ex quacumque causa ad [praetorem vel alios] <eum> qui iurisdictioni [praesunt] <praeest>, in ius vocatus venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an iurdictio eius sit*¹⁶.

La expresión *ex quacumque causa* muestra la obligatoriedad del *vocatus* de comparecer ante el magistrado municipal, aunque supiera a ciencia cierta que éste era incompetente, por superar el litigio la cuantía prevista para el municipio, por tratarse de una causa infamante, sobre un proceso de libertad, etc.¹⁷ Este hecho indica la íntima conexión existente entre la *in ius vocatio* municipal y la urbana, de suerte que, para los munícipes, la primera excluía en todo caso la segunda, pues haría sus veces en el supuesto de que el magistrado municipal decretase su incompetencia y exigiese el *vadimonium Romam faciendum*. Prueba de ello es que, si el magistrado municipal no era competente, no se hacía necesaria una nueva *in ius vocatio* ante el pretor, sino que se acudía directamente a la formulación del *vadimonium Romam*, que era un vadimonio procesal *stricto sensu*, y no de mera citación o pre-procesal¹⁸. Así, pues, con este edicto consiguió el pretor que el modo ordinario de incoar los procesos en los municipios fuera, en todo caso, ante el magistrado municipal. Digo ordinario porque los munícipes

16. BESELER, *Beiträge* IV, p. 117, considera interpolada la secuencia [*ut ... fin*], sin tener en cuenta que esta misma idea la vuelve a repetir Ulpiano en D. 5,1,5. DE MARTINO, *La giurisdizione*, p. 181 n. 4, piensa que todo el fragmento estaría referido a la *in ius vocatio* urbana; de ahí que señale como itp. [*vel alios ... praesunt*] y [*ut ... fin*].

17. Así lo vio ya LENEL, *Beiträge*, p. 22 n. 18: "Das *ex quacumque causa* will die *causae maiores* einschließen: der *in ius vocatio* vor den Munizipalmagistrat muß Folge geleistet werden, auch wenn sie Sachen betrifft, die der Jurisdiktion des Prätors vorbehalten sind".

18. Cfr. DOMINGO, *Estudios* II, pp. 54-64.

podían hacer un vadimonio pre-procesal de comparecer ante el pretor urbano e iniciar allí una causa sobre la que no fuera competente el magistrado municipal (una acción infamante, por ejemplo). Para el demandante era mucho más cómoda, sin embargo, la *in ius vocatio* municipal que la urbana ya que: a) resultaba más fácil conseguir la comparecencia de un munícipe ante el *dunvir* de su propio municipio que ante el pretor de la, a veces, lejana Roma; b) la comparecencia ante el magistrado municipal posibilitaba el ejercicio de la jurisdicción convenida¹⁹; c) el *vadimonium Romam*, realizado ante el magistrado municipal competente, ofrecía más garantías que el vadimonio extraprocesal de citación en Roma; d) si el *vocatus* no comparecía ante el magistrado municipal, el propio *dunvir* le irrogaba una multa; sin embargo, si no acudía el munícipe *vocatus* ante el pretor, el demandante debía tramitar en Roma la acción penal *in factum* correspondiente²⁰.

En el § 1 de D. 2,5,2, Paulo establece la sanción prevista contra el que vulnera el deber general de comparecencia:

Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a [competenti iudice] <duoviro> multa pro iurisdictione [iudicis] <eius> damnabitur: rusticitati enim hominis parcendum erit: item si nihil intersit actoris eo tempore in ius adversarium venisse, remittit praetor poenam, puta quia feriatius dies fuit.

La romanística ha admitido desde antaño que la palabra *iudex* estaba interpolada²¹ y que debía, por tanto, ser sustituida por *duovir*,

19. Cfr. DOMINGO, *Estudios* II, pp. 69-75.

20. Cfr. Gayo 4,46; 4,183; cfr. LENEL, *EP.*³, pp. 65-73.

21. Cfr. LENEL, *Beiträge*, p. 22; *Palingenesia* I, c. 967 nn. 3-4; *EP.*³, p. 52; LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht* (München-Leipzig 1914) pp. 89 n. 1 y 139; WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse* (Wien 1921) p. 181; PUGLIESE, *Les voies de recours sanctionnant l'in ius vocatio*, en *RIDA*. 3 [=Mélanges F. de Visscher II] (1949)255; *Processo*, p. 381; KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, en *Mélanges Ph. Meylan* I (Lausanne 1963) p. 179; ZPR., p. 165 n. 37; SIMSHÄUSER, *Iuridici*, p. 220; BEHREND, *Der Zwölftafelprozeß. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts* (Göttingen 1974) p. 24. En p. 24 n. 82, advierte que "die Emendationen sind ein sicheres Ergebnis der Lenelschen Palingenesie"; BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo*

pues este texto se refería a la *in ius vocatio* municipal. Mayor discusión ha planteado en la doctrina la autenticidad de la palabra *multa*. En efecto, según Pugliese, debe sustituirse la palabra [*multa*] por <*poena*>, ya que, al ser la multa una pena pública, no podía erigirse en modo de castigo ordinario de una citación, que era esencialmente privada²². Un apoyo para su argumentación pretende encontrarlo en Gayo 4,183: *eum qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto praetoris committere*²³. Sin embargo, Gayo se está refiriendo aquí, no a la *in ius vocatio* municipal, sino a la *in ius vocatio* urbana, que daba lugar a una acción *in factum* penal²⁴ cuando el *vocatus* no comparecía.

Más que pensar que la palabra *multa*²⁵ estaba interpolada²⁶, hay que pensar que, precisamente porque se encontraba en el fragmento de Paulo, éste se refería a la jurisdicción municipal, ya que uno de los medios coactivos más utilizados por el magistrado municipal era la multa. Un ejemplo lo tenemos en el capítulo 66 de la *lex Irnitana*, rubricado *De multa quae dicta erit*, que trata sobre las *multas in eo municipio ab duumviris praefectove dictas* (lín. 10).

La razón de ser de la utilización de la multa como sistema coactivo para la comparecencia del demandado en los municipios itálicos es que, como los magistrados municipales no podían defender su juris-

formulare (Napoli 1984) p. 232. Distinta es la opinión de KARLOWA, *RRG.* I, p. 593 n. 1, que piensa que el texto clásico hablaría del pretor y no del magistrado municipal.

22. Cfr. PUGLIESE, art. cit., en *RIDA.* 3(1949)255.

23. Cfr. PUGLIESE, *Processo*, pp. 381-382. Cfr. también SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren. Eine Studie zum römischen Prozeß* (Freiburg i. S. 1963) p. 59 n. 1. BESELER, *Beiträge* IV, p. 165, para evitar la multa, considera itp. [*ex causa ... item*] y advierte que antes de *si nihil* se habría referido el texto a una acción penal.

24. Cfr. Gayo 4,46; Cfr. LENEL, *EP.*³ § 11, pp. 65-73.

25. Sobre multas municipales, sigue siendo de gran interés HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen* (Leipzig 1874) pp. 39-45.

26. En contra de la itp. de multa, LENEL, *EP.*³, p. 52; KASER, art. cit., en *Mélanges Meylan* I cit., p. 179; ZPR., p. 165 n. 37; BEHREND, *Der Zwölftafelprozeß* cit., p. 24; SIMSHÄUSER, *Iuridici*, p. 220.

dicción con un *iudicium poenale*²⁷, no eran competentes para dar las acciones *in factum* y penales previstas en el título edictal *De in ius vocando*²⁸. La defensa de la jurisdicción municipal descansaba en dos expedientes procesales, anunciados precisamente al comienzo del *album* edictal: la acción *in factum* contra el que desacataba cualquier decreto del magistrado municipal²⁹ y la posibilidad de irrogar multas a los que no comparecían ante él, para que fuera el propio *dunvir*, y no las partes, quien determinara la competencia. Se podría pensar, con Pugliese, que, como la citación era privada, no podía ser ésta sancionada con una multa³⁰, pero no es así porque, aunque la citación fuera ciertamente privada, existía, como digo, una obligación *ex edicto* de comparecer, tras la citación, ante el magistrado municipal *ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit*³¹. Esta obligación edictal, a mi entender, justificaría por sí misma la irrogación de una multa como sanción pública.

Después de la palabra *damnabitur*, el fragmento cambia brusca e inexplicablemente de contenido y pasa a referirse a la *in ius vocatio*, no ya municipal, sino ante el pretor³². Paulo observa que el pretor no castigará al *vocatus* con la pena prevista en el Edicto³³ (*remittit praetor poenam*³⁴) en caso de rusticidad³⁵ o en el supuesto de que el demandante

27. Cfr. Ulpiano, D. 2,3,1pr. Un comentario de este fragmento, donde vengo a identificar *iudicium poenale* con acción *in factum*, ofrezco en *Estudios I*, pp. 46-49.

28. Cfr. LENEL, *EP*.³, pp. 65-75. Un estudio detallado de las acciones derivadas de la *in ius vocatio* puede verse en GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano* (Santiago de Compostela 1984) pp. 93-126.

29. Cfr. DOMINGO, *Estudios I*, pp. 61-77.

30. Cfr. PUGLIESE, art. cit., en *RIDA*. 3(1949)255.

31. Paulo, D. 2,5,2pr.

32. Así lo vio ya LENEL, *EP*.³, p. 52.

33. Cfr. Gayo 4,183.

34. El pretor puede *remittere poenam* no concediendo al *vocans* la acción *in factum* prevista contra el *vocatus* que no comparece (cfr. Gayo 4,46).

35. Cfr. MAYER-MALY, *Einsicht und Erkundigungspflicht*, en *IVRA* 27(1976)1-16; *Rusticitas*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo I* (Milano 1982) pp. 307-347, especialmente pp. 325-326 y 330, donde comenta este fragmento.

tuviera poco interés en que el demandado compareciera, por tratarse, por ejemplo, de un *dies feriatius*³⁶. Con acierto opina Mayer-Maly que probablemente el fragmento haya sido acortado entre las palabras *damnabitur* y *rusticitati*³⁷, pues ese empalme hace que el fragmento carezca de lógica interna. En efecto, el fragmento originario de Paulo sería más extenso, y en él se referiría a las peculiaridades de la *in ius vocatio* municipal en relación con la urbana. Los Compiladores, al incorporar este fragmento de Paulo al título *De iurisdictione* (D. 2,1), unificaron el régimen municipal con el urbano y aprovecharon el texto para referirlo al régimen de la *in ius vocatio* en la *cognitio extra ordinem*.

No sabemos qué sucedía cuando el *vocatus*, tras la multa, tampoco comparecía ante el magistrado municipal. Probablemente, el *dunvir* dictaría un decreto de *missio*, pues este expediente pretorio fue, en ocasiones, objeto de delegación a los magistrados municipales³⁸.

36. Sobre el calendario judicial, vid. KASER, *ZPR.*, p. 146; y GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia* cit., pp. 41-45; sobre el calendario judicial municipal, que conservamos en los capp. 49, 90 y 92 de la *lex Irnitana*, vid. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*, pp. 180-185. Un comentario del calendario judicial a propósito del *vadimonium Romam* ofrezco en *Estudios* II, pp. 59-62. Marco Aurelio llevó a cabo una profunda reforma del calendario judicial de la *cognitio extra ordinem* consistente en considerar 230 días al año como *dies iudicarii* (cfr. Capitolino, *Marcus Antoninus* 10,10) y el resto, por ser dedicados fundamentalmente a la recolección y la vendimia, *dies feriatii*. En estos días, sólo se atendían causas especiales, determinadas en una *oratio* que conservamos en Ulpiano, D. 2,12,1 y 2. Es probable que cuando Paulo habla en este texto de *dies feriatius* se esté refiriendo al nuevo régimen de Marco Aurelio. Esta reforma explica la aparente contradicción que existe entre Paulo, D. 2,12,4, que, refiriéndose a este nuevo régimen, dice que son los *praesides provinciarum* los que, en atención a las costumbres de los distintos lugares, establecían el período vacacional previsto para la recolección y la vendimia, y el cap. 49 de la *lex Irnitana*, en el que se señala que estas vacaciones se fijaban por decreto de los decuriones y conscriptos, a propuesta del magistrado municipal.

37. Cfr. MAYER-MALY, art. cit., en *Studi Sanfilippo* I cit., p. 325: "Die etwas beziehungslose Position von *rusticitati enim* nach *damnabitur* legt die Vermutung nahe, daß der Text Kürzungen erfahren hat".

38. Cfr. DOMINGO, *Estudios* II, pp. 64-69; y ap. II, A.

2. Interpretación de Ulpiano, D. 2,5,1, y de Paulo, D. 2,6,1

El único texto que se nos conserva de Ulpiano sobre el edicto que nos ocupa es D. 2,5,1:

Si quis in ius vocatus fideiussorem dederit in iudicio sistendi causa non suppositum iurisdictioni illius, ad quem vocatur, pro non dato fideiussor habetur, nisi suo privilegio specialiter renuntiaverit.³⁹

La pertenencia de este fragmento al libro 1 *ad edictum* de Ulpiano y la expresión *illius ad quem vocatur*, referida al magistrado municipal⁴⁰, muestran claramente que este fragmento se refiere a la *in ius vocatio* municipal.

Con fundamento en la *lex Rubria*⁴¹ y en Gayo 4,46, que emplean el término *vindex*⁴², la romanística⁴³ ha aceptado la idea de Lenel⁴⁴ de considerar sistemáticamente interpolada la expresión *fideiussor iudicio sistendi causa*⁴⁵, con la que los Compiladores sustituyeron al *vindex*⁴⁶.

39. Que, como opina DE MARTINO, *La giurisdizione*, p. 181 n. 4, [nisi ... renuntiaverit] sea una itp., es probable.

40. Así lo vio ya LENEL, *Beiträge*, p. 23; *EP.*³, p. 52.

41. Cfr. *Lex Rubria*, cap. 21, línn. 21-24 (*FIRA*. I, p. 174).

42. La bibliografía sobre el *vindex* es muy abundante. Una relación de los artículos más importantes puede verse en DOMINGO, *Estudios* II, p. 56 n. 140.

43. Cfr. KASER, *ZPR.*, p. 165 n. 38 y p. 463 n. 29, con literatura.

44. LENEL, *Der "Vindex" bei der "in ius vocatio"*, en *SZ.* 25(1904)232-254; y *EP.*³, pp. 65 ss. y 80 ss.

45. Un estudio del significado de esta expresión ofrece TAFARO, "*Fideiussor iudicio sistendi causa*", en *Labeo* 22(1976)232-252.

46. En contra de esta idea, D'ORS, *DPR.*⁸ § 94 n. 2; y GIMÉNEZ-CANDELA, *Notas en torno al "vadimonium"*, en *SDHI.* 48(1982)130-134 y 165, quienes consideran que el *vindex* fue sustituido ya en época clásica por los representantes procesales ordinarios o por los garantes del vadimonio. Los textos mencionados de la *lex Rubria*, cap. 21, línn. 21-24 y Gayo 4,46 me parecen demasiado elocuentes como para compartir la hipótesis de estos autores en lo que respecta a la *in ius vocatio* municipal. En efecto, nada obliga a pensar que en Roma tuviera lugar una acción *in factum adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit* (Gayo 4,46) y que en los municipios se impusiera una multa contra el *vocatus* que no acudiera o no designara, no un *vindex*, sino un *fideiussor*. Por otra parte, me parece

Por tanto, la redacción originaria de este fragmento referido a la *in ius vocatio* municipal sería la siguiente: *Si quis in ius vocatus vindex dederit non suppositum iurisdictioni illius*⁴⁷, *ad quem vocatur, pro non dato habetur*.

Evidentemente el problema que plantea Ulpiano en este texto es más jurisprudencial que edictal; nada diría de esto el edicto que nos ocupa. Sin embargo, sí nos sirve este fragmento para formular la hipótesis de que, de la misma manera que, en Roma, se daba una acción *in factum* contra el *vocatus* cuando ni comparecía ni daba un *vindex*, así también, en los municipios, la multa quedaría supeditada a la no presentación de un *vindex*⁴⁸.

Con fundamento en la rúbrica del Digesto 2,5 (*Si quis in ius vocatus non ierit sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit*), bajo la que se encuentran dos fragmentos que comentan el edicto sobre la *in ius vocatio* municipal⁴⁹, Lenel considera que nuestro edicto se referiría también a la prohibición de *vocare* a determinadas personas⁵⁰. Me parece, sin embargo, que, como en la urbana, también en la *in ius vocatio* municipal se aplicaría en este caso la acción prevista en el título *De in ius vocando, adversus eum qui contra edictum praetoris in ius*

del todo improbable que Gayo hiciera uso del término *vindex* de forma incorrecta. En el núcleo de la hipótesis de estos autores se encuentra la idea, a mi entender errónea, de que el *vadimonium* pre-procesal no debe separarse de la *in ius vocatio*, porque sería su término más habitual (cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, p. 132). El tema del *vindex* debe seguir siendo objeto de estudio. No se debe excluir que la palabra *vindex* perdiera en época clásica su antiguo sentido y se utilizara para designar a cualquier persona que garantizara la acción del demandante, sin necesidad de asumir él personalmente el proceso con el riesgo del *duplum*.

47. DEMARTINO, *La giurisdizione*, p. 181 n. 4, sustituye [*illius*] por <*duoviri*>.

48. Aunque referido al *vadimonium Romani*, podría servir de apoyo el cap. 21 de la *lex Rubria* (lín. 21-24).

49. Ulpiano, D. 2,5,1; y Paulo, D. 2,5,2.

50. Según LENEL, *Palingenesia* II, c. 422 n. 3; *EP.*³, p. 53, Ulpiano, D. 50,17,102pr. comentaría las palabras, para este autor edictales, *si quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit*.

*vocaverit*⁵¹. Es decir, en contra de la opinión de Lenel⁵², pienso que la existencia de este edicto sobre *in ius vocatio* municipal no excluyó la aplicación del título *De in ius vocando* en los municipios, de la misma manera que la existencia del edicto sobre delegación de la *cautio damni infecti* a los magistrados municipales, como en seguida veremos (p. 38), tampoco excluyó la aplicación en municipios del régimen general establecido en el título edictal *De damno infecto*. Como el magistrado municipal no era competente para dar las acciones *in factum* de este título, deberían acudir los munícipes a Roma. Posiblemente, la única acción que no se aplicaría a los munícipes *vocati* que no hubieran comparecido ante el *dunvir* fuera la acción *in factum adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit*⁵³. En efecto, como la finalidad de nuestro edicto era imponer al *vocatus* el deber de comparecer ante el magistrado municipal –deber que no se encontraba obviamente en el título *De in ius vocando*– lo único que debía castigarse en este edicto era su incumplimiento.

Tampoco diría nada nuestro edicto de lo que refiere Paulo en el libro 1 *ad edictum*, D. 2,6,1:

Edicto cavetur, ut [fideiussor iudicio sistendi causa datus] <vindex>⁵⁴ pro rei qualitate locuples detur exceptis necessariis personis: ibi enim qualemcumque accipi iubet: veluti pro parente patrono.⁵⁵

Aquí la palabra *edictum* se refiere, no al edicto concreto que está comentando Paulo en el libro 1, sino al Edicto Perpetuo, que, en el título *De in ius vocando*, contenía una cláusula⁵⁶ en la que, cuando se

51. Cfr. Gayo 4,46; cfr. LENEL, *EP.*³ § 11, pp. 68-71. Sobre esta acción *in factum*, vid. FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Autorización pretoria para la "in ius vocatio"*, en *SDHI.* 37(1971)261-288; y GÓMEZ-IGLESIAS, *Citación y comparecencia* cit., pp. 83-89.

52. Cfr. LENEL, *EP.*³, pp. 52-53 y 69 n. 1.

53. Cfr. Gayo 4,46.

54. Cfr. LENEL, *Palingenesia* I, c. 967 n. 4; *EP.*³, p. 69.

55. Vid. su conexión con Calístrato, D. 2,6,2.

56. Cfr. Ulpiano, D. 2,8,2,2; y LENEL, *EP.*³ § 11.

demandaba a personas *proximae*, se imponía al demandante la obligación de aceptar el *vindex* propuesto por el demandado, incluso aunque no fuera solvente⁵⁷.

B. PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN

A la luz de los escasos datos que nos ofrecen las fuentes, presento a continuación una propuesta de reconstrucción edictal⁵⁸:

EX QUACUMQUE CAUSA AD EUM QUI I.D.P.E.⁵⁹ IN IUS VOCATUS
VENIRE DEBET, UT HOC IPSUM SCIATUR AN IURISDICTIO EIUS SIT⁶⁰.
SI QUIS IN IUS VOCATUS NON IERIT⁶¹ VEL VINDICEM NON
DEDERIT⁶² MULTA AB EO QUI I.D.P.E.⁶³ DAMNABITUR.

57. Ulpiano, D. 2,8,2,4: *Quod ait praetor 'qualiscumque fideiussor accipiatur': hoc quantum ad facultates, id est etiam non locuples.*

58. Utilizo la letra negrita para aquellas palabras que considero con certeza edictales; el texto común, para las palabras que tienen un apoyo textual; y la cursiva, para las palabras suplidas.

59. Cfr. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5, 1 (FIRA. II, p. 456): I.D.P.E.: *Iure dicundo praeerit.*

60. Cfr. Ulpiano, D. 2,5,2pr.

61. Cfr. Ulpiano, D. 2,5,2,1.

62. Cfr. Gayo 4,46.

63. Cfr. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5, 1 (FIRA. II, p. 456): I.D.P.E.: *Iure dicundo praeerit.*

II. EL EDICTO SOBRE DELEGACIÓN DE LA CAUTIO DAMNI INFECTI A LOS MAGISTRADOS MUNICIPALES

En el edicto de comparecencia municipal que acabamos de estudiar, Rudorff y Lenel llegaron en sus respectivas reconstrucciones a conclusiones radicalmente opuestas; en este edicto, sin embargo, son éstas básicamente coincidentes. En efecto, según estos autores, mediante este edicto, que rubrican *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda*, el pretor delegó parcialmente en los magistrados municipales el trámite cautelar sobre *damnum infectum*⁶⁴ y concedió una acción contra el magistrado negligente en el ejercicio de esta delegación⁶⁵.

A. DETERMINACIÓN Y COMENTARIO DE LA BASE TEXTUAL

La base textual sobre la que apoyo la reconstrucción de este edicto está formada por seis fragmentos del libro 1 *ad edictum* de Ulpiano:

64. Cfr. LENEL, *EP.*³, título XIX (§ 175), pp. 371-373. El título *De damno infecto* ha ocasionado abundante bibliografía. Básicos son los trabajos de BURCKHARD, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*. Serie der Bücher 39 und 40. II Teil (Erlangen 1875); BONFANTE, *Corso di diritto romano* II,1 (Roma 1926, reimpr. Milano 1966) pp. 381-429; BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano* (Padova 1937); MOZZILLO, *Contributi allo studio delle "stipulationes praetoriae"* (Napoli 1960) pp. 54-130; BETANCOURT, *Recursos supletorios de la "cautio damni infecti" en el derecho romano clásico*, en *AHDE*. 45(1975) 7-121; RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht* (Graz 1987) pp. 97-151.

65. Cfr. RUDORFF, *EP.*, pp. 27-30; LENEL, *Beiträge*, pp. 24-25; *EP.*³, pp. 53-54.

D. 2,1,4; D. 27,8,6; D. 39,2,1; D. 39,2,4; D. 50,1,25; D. 50,8,8; seis fragmentos del libro 1 *ad edictum* de Paulo: D. 2,4,19; D. 2,4,21 (=D. 50,17,103); D. 39,2,5; D. 50,1,26; D. 50,8,9; D. 50,17,105; y un fragmento de Gayo, 1 *ad edictum provinciale*: D. 39,2,6.

De estos fragmentos, seis versan sobre la caución de daño temido (Ulpiano, D. 39,2,1; Ulpiano, D. 39,2,4; Paulo, D. 2,4,19; Paulo, D. 2,4,21=D. 50,17,103; Paulo, D. 39,2,5; Paulo, D. 50,17,105; y Gayo, D. 39,2,6); cuatro se refieren a la responsabilidad de los magistrados (Ulpiano, D. 27,8,6; Ulpiano, D. 50,1,25; Ulpiano, D. 50,8,8; y Paulo, D. 50,8,9); y dos tratan sobre las relaciones entre el *imperium* y la jurisdicción (Ulpiano, D. 2,1,4; y Paulo, D. 50,1,26⁶⁶).

Esta base textual es más amplia que la que ofrece Lenel en su *Palingenesia*⁶⁷, ya que él no tuvo en cuenta los tres fragmentos de Ulpiano que versan sobre la responsabilidad de los magistrados —D. 27,8,6; D. 50,1,25; y D. 50,8,8—. Según Lenel, estos fragmentos ulpianos formaban parte de una introducción general al título⁶⁸: “suspicio —observa este autor— praefationis modo Ulpianum sub hoc titulo, qui totus ad magistratus municipales pertinet, de eorum iure egisse”⁶⁹. En mi opinión, sin embargo, lejos de ser considerados estos fragmentos como un prefacio del inexistente⁷⁰ título *Ad legem municipalem*, se referían a este edicto sobre delegación de la caución de daño temido a los magistrados municipales, con el que ciertamente guardan una estrecha relación.

66. Un comentario de estos dos textos ofrezco en *Estudios* II, pp. 64-69.

67. Cfr. LENEL, *Palingenesia* I, c. 189 § 54; c. 967 §§ 89-92; *Palingenesia* II, cc. 422-423 §§ 180-184.

68. Cfr. su ubicación en LENEL, *Palingenesia* II, c. 421 §§ 170-172.

69. LENEL, *Palingenesia* II, c. 421 n. 3.

70. Sobre la inexistencia de un título *Ad legem municipalem*, cfr. DOMINGO, *Estudios* I, pp. 28-29.

1. Comentario de los fragmentos excluidos por Lenel de la base textual

La inclusión de estos fragmentos ulpianos en la base textual me obliga a anteponer su comentario al del resto de la base textual.

El primero de estos fragmentos es Ulpiano, D. 50,8,8:

Magistratus rei publicae non dolum solummodo, sed et latam neglegentiam et hoc amplius etiam diligentiam debent.⁷¹

En mi opinión, esta declaración general sobre la responsabilidad de los magistrados, que los Compiladores llevaron al título *De administratione rerum ad civitates pertinentium*⁷² (D. 50,8), debe ponerse en relación con la responsabilidad de los magistrados municipales en aquellos expedientes *magis imperii quam iurisdictionis*⁷³ que el pretor les podía delegar: *iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere*⁷⁴. Por esta especial delegación

71. Según BESELER, *Beiträge* IV, p. 246, todo el fragmento sería itp. a causa de la expresión *lata neglegentia*. Que [*latam ... etiam*] es itp. fue ya visto por PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit* II, 2² (Halle 1900) p. 179; y DE MEDIO, *Studi sulla "culpa lata" in diritto romano*, en *BIDR.* 18(1906)283. SOLAZZI, *Istituti tutelari* (Napoli 1929) p. 139, sustituye [*et latam ... diligentiam*] por <*custodiam praestare*>, sin considerar los límites del concepto técnico de *custodia*; en contra, rec. de KUNKEL, en *SZ.* 50(1930)641. Este último autor, "*Diligentia*", en *SZ.* 45(1925)293, califica el fragmento como muy dudoso ("ganz unzuverlässig").

72. Por esta razón incorporó RUDORFF, *EP.*, pp. 30-31, un edicto con esta rúbrica al título I del Edicto Perpetuo. Así lo hizo también LENEL, *Beiträge*, pp. 25-29, en un primer momento, pero la suprimió ya en *EP.*¹ (Leipzig 1883) p. 44, donde aparece el edicto correspondiente con dos interrogantes que sustituyen a la rúbrica; cfr. DOMINGO, *Estudios* I, pp. 21-26.

73. Como expliqué en *Estudios* II, pp. 65-66, esta expresión debe entenderse en el sentido de que se trataba de actos, en principio, exclusivos del pretor, pero que podían ser delegados a los magistrados municipales. Cfr. en el contexto de su libro I *ad edictum*, Paulo, D. 50,1,26pr.: *Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis magistratus municipalis facere non potest.*

74. Ulpiano, D. 2,1,4, en este mismo sentido.

se explica que Ulpiano, D. 39,2,4,3 afirme que el magistrado municipal pueda exigir la *cautio damni infecti* y promulgar un primer decreto de *missio*; que la ley Irnitana⁷⁵ trate de los *vadimonia Romam* exigidos por los magistrados municipales; o que Ulpiano, D. 27,8,6 se refiera a la omisión de la *cautio rem pupilli salvam fore* por parte de un magistrado municipal negligente. De no haber existido estas delegaciones *ex edicto*, difícilmente se habrían podido atribuir a los magistrados municipales este tipo de decretos, que son propios del que tiene *imperium*, es decir, del pretor.

El segundo fragmento añadido a la base textual de Lenel es D. 27,8,6, donde Ulpiano refiere un rescripto de Antonino Pío por el que se extendió la acción subsidiaria al heredero del magistrado negligente que no había exigido la *cautio rem pupilli salvam fore* o que la había aceptado con fiadores poco solventes⁷⁶. Su tenor literal es el siguiente:

Quod ad heredem magistratus pertinet, exstat divi Pii rescriptum causa cognita debere dari actionem: nam magistratus si tanta fuit neglegentia, ut omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavuit et tunc idonei fuerunt et postea desierunt, sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustus.

75. Cfr. *lex Irnitana*, cap. 49, lín. 40-42; y cap. 84, lín. 20-23.

76. Conocemos este rescripto también por el fragmento Argenteratense II B verso, del libro 3 *disputationum* (FIRA. II, pp. 311-312). En él recoge también Ulpiano la opinión de Juliano y Marcelo, partidarios de la intransmisibilidad de la acción subsidiaria, así como una discrepancia entre ambos juristas: Juliano consideraba que el magistrado municipal negligente en el expediente de la *cautio rem pupilli salvam fore* debía ser considerado *loco fideiussoris*, en tanto que Marcelo pensaba que debía ser tenido por *sponsor*; sobre este fragmento, vid. D'ORS, "Litem suam facere", en *SDHI*. 48(1982)383-387; CREMADES-PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico*. "Actio adversus iudicem qui litem suam fecit", en *AHDE*. 54(1984)193-201. Una detallada explicación de las distintas opiniones sobre el régimen de la acción subsidiaria que en este fragmento se recogen y un intento de integración de todas ellas nos ofrece ahora GÓMEZ-IGLESIAS, *La acción "subsidiaria" del fragmento Argenteratense de Ulpiano*, en *Estudios en homenaje al Profesor F. Hernández-Tejero* (Madrid 1992) pp. 269-282.

Novissime non alias ait in heredem actionem dandam, quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fideiussoribus contrahunt.⁷⁷

Que este texto, en contra de la opinión de Lenel⁷⁸, difícilmente encaja en una introducción al título, parece claro. Ahora bien ¿qué relación guarda con el edicto sobre la delegación de la caución de daño temido? ¿Por qué –podemos también preguntarnos– existiendo respecto a la tutela un edicto sobre la acción subsidiaria⁷⁹, se encuentra este fragmento en el libro 1 de Ulpiano *ad edictum* y no en el 36, que es donde se comenta esta acción?

Me parece que si Ulpiano trajo a colación la acción subsidiaria fue precisamente para compararla con la acción de nuestro edicto, a la que se asemeja bastante. Antes de que se creara esta acción subsidiaria por un senadoconsulto de época de Trajano⁸⁰, es posible incluso que la acción que se diera contra el magistrado municipal que no exigía la *cautio rem pupilli salvam fore* fuera esta misma que se da contra el magistrado negligente que no exige la caución de daño temido. A modo de conjetura, se podría pensar que originariamente la delegación de nuestro edicto era más general y se refería, no sólo a la *cautio damni infecti*, sino también a otras cauciones, entre las que se encontraría la *cautio rem pupilli salvam fore*. Así, la acción subsidiaria no sería sino un tipo especial de acción que se desprendió de nuestro edicto con la finalidad de exigir al magistrado municipal una mayor responsabilidad en la protección del patrimonio del pupilo. Esta ampliación de responsabilidad se concretaba en que se podía ejercitar esta acción subsidiaria, no sólo contra el magistrado municipal⁸¹ que *caveri pupillo*

77. Según KUNKEL, art. cit., en SZ. 44(1925)319, pienso que sin razón, [*si tanta fuit negligentia ut*], *omi[tteret]*, [*et tunc ... desierunt*] y [*novissime ... fin*] serían itp.

78. Cfr. LENEL, *Palingenesia* II, c. 421.

79. Cfr. LENEL, EP.³ § 127, *de magistratibus conveniendis*, pp. 321-322.

80. Cfr. CJ. 5,75,5, del 294(?). A este senadoconsulto parece referirse también Ulpiano, D. 27,8,2.

81. Por Ulpiano, D. 27,8,1,1, sabemos que esta acción subsidiaria no se podía ejercitar contra el *praetor neque quis alius, cui tutoris dandi ius est*. Esta misma idea

non curaverit, sino también contra el que *non idonee cautum sit culpa eius*⁸². De ser esta conjetura cierta, habría que pensar en una nueva redacción de nuestro edicto en época de Juliano.

El tercer texto que debe incorporarse a la base textual es Ulpiano, D. 50,1,25:

Magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent. Et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur: verum et si non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit.⁸³

Esta idea ulpiana de que los magistrados municipales *unius hominis vicem sustinent* se concretó, en la ley municipal, en la frecuente expresión *duumviri ambo alterve*⁸⁴. Es probable que Ulpiano comentara este tema a propósito de la transmisibilidad pasiva de la acción subsidiaria contra el heredero del magistrado municipal negligente, que, tras el rescripto de Antonino Pío, excluía ya una posible acción *in solidum*

se vuelve a repetir en Inst. 1,24,4: *Neque autem praefectus urbis neque praetor neque praeses provinciae neque quis alius cui tutores dandi ius est hac actione tenebitur, sed hi tantummodo qui satisfactionem exigere solent*. Para armonizar estos textos con los que hablan del *ius dandi tutoris* propio de los magistrados municipales (Ulpiano, D. 26,5,3; cap. 29 de la *lex Irnitana*, etc.), GÓMEZ-IGLESIAS, *Régimen procesal de la caución tutelar*, en SDHI. 58(1992)65-67, mantiene la hipótesis de que la acción subsidiaria se podía ejercitar sólo contra los magistrados municipales de Italia, pues éstos carecían del *ius dandi tutoris*, y, por tanto, debían exigir la *cautio rem pupilli salvam fore* por mandato del pretor. Esta misma solución parece sugerir LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*, pp. 63-64; en contra, LÓPEZ ROSA, *Sobre la "datio tutoris" en la "lex Irnitana"*, en SDHI. 58(1992)304-308, para quien, a mi entender erróneamente, "es difícil admitir la posibilidad de que los magistrados municipales pudiesen dar tutores antes de la época de Marco Aurelio" (p. 306).

82. Cfr. Ulpiano, D. 27,8,1,17.

83. BESELER, *Beiträge* II, p. 91, como critica el uso de "*dare*" por "*conceder*", elimina [*et hoc plerumque ... competit*]. D'ORS, *LFM*, p. 100, mantiene la referencia a la ley municipal y considera itp. [*plerumque*] y [*verum et ... competit*]. En el comentario que ofrece de este texto, no detecta la itp., a mi modo de ver muy probable, LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*, pp. 249-251.

84. Cfr. *lex Irnitana*, cap. 31, línn. 45 y 58; cap. 44, lín. 2; cap. 49, línn. 26-27 y 32; cap. 66, lín. 12; y cap. 82, lín. 31.

contra el magistrado superviviente⁸⁵ cuando la *cautio* había sido inicialmente necesaria.

En relación con estos textos no tenidos en cuenta por Lenel en su base textual, debemos poner Paulo, D. 50,8,9, incluido, éste sí, en la base leneliana. En este fragmento, refiere Paulo la opinión de Juliano de que si un magistrado *filius familias* administra el municipio con consentimiento de su padre, se podrá ejercer contra su padre una acción *in solidum in id, quod eius nomine rei publicae abesset*. Como bien vio Lenel⁸⁶, este texto hay que relacionarlo con Ulpiano, D. 27,8,1,17. En él también refiere Ulpiano una opinión de Juliano, a saber: que si un *filius familias magistratus* no exigió la *cautio rem pupilli salvam fore* o no exigió garantes solventes, se podrá ejercitar la acción de peculio contra el padre, *sive voluntate eius filius decurio factus sit sive non*⁸⁷. Sin embargo, no procederá la acción *in solidum*, pues ésta queda reservada, como refiere Paulo, para aquellos supuestos en los que, *patre volente*, se compromete el patrimonio del municipio. Así, pues, si Paulo trajo a colación el comentario de D. 50,8,9, fue para excluir de este edicto una posible acción *in solidum* contra el padre del magistrado negligente.

2. Fragmentos referidos a la *cautio damni infecti* en los municipios

Es frecuente que los títulos del Digesto comiencen con la transcripción de un texto edictal más o menos extenso, normalmente

85. Cfr. D'ORS, art. cit., en *SDHI*. 48(1982)386. Modestino, D. 27,8,8 refiere un supuesto de responsabilidad *in solidum* del colega superviviente cuando el colega difunto muere sin heredero: *ex his alter sine herede decessit*. La corrección que propone MOMMSEN, *editio maior* I, p. 808, en contra de Bas. 38,8,8, consistente en incorporar un <non> entre *cautionem* y *exegerunt*, parece necesaria para la recta comprensión del texto.

86. LENEL, *Beiträge*, p. 28.

87. Cfr. también esta misma idea en Papiniano-Ulpiano, D. 15,1,3,13.

de Ulpiano. En este título *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus* (D. 39,2), sin embargo, los Compiladores colocaron al principio todos los textos tomados del comentario *ad titulum De iurisdictione*⁸⁸, concretamente al edicto que nos ocupa, y sólo posteriormente (h. t. 7pr.) transcribieron el texto edictal. Sin duda, esto se debe a que los Compiladores respetaron la procedencia de los textos *ad edictum*, según comentasen nuestro edicto o el título *De damno infecto*.⁸⁹

En el fragmento 1 de D. 39,2, Ulpiano dice:

Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit.⁹⁰

La primera idea que nos transmiten los Compiladores en el título *De damno infecto* es precisamente la que procede de nuestro edicto, a saber: que el pretor delegó en los magistrados municipales de Italia determinados trámites de la *cautio damni infecti*. Este fragmento se entiende mejor a la luz de Ulpiano, D. 39,2,4,3: *Duas ergo res magistratibus municipalibus praetor vel praeses iniunxit, cautionem et possessionem, cetera suae iurisdictioni reservavit*. Con fundamento en estos textos, la romanística viene afirmando que el pretor delegó a

88. Cfr. Ulpiano, D. 39,2,1; h. t. 4; Paulo, h. t. 5; Gayo, h. t. 6.

89. Cfr. LENEL, *EP*.³, título XXIX *De damno infecto*, pp. 371-373. Aunque sólo contuviera un edicto (cfr. Ulpiano, D. 39,2,7,1), el *damnum infectum* dio lugar a un título. Una prueba la tenemos en las *inscripciones* de D. 39,2,8, y h. t. 19: *Gaius ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto*. También se habla de la *cautio damni infecti* en *EP*.³ § 292, dentro del título *De stipulationibus praetoriis*, pp. 551-553. Evidentemente, es del todo improbable que existiera en el Edicto un título con esa rúbrica; cfr. DOMINGO, *Ein Jahrhundert später. Bemerkungen über "Das Edictum Perpetuum"* von Otto Lenel, en *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag* (Stuttgart 1993) p. 97.

90. BESELER, *Beiträge* IV, p. 319, critica, con cierto fundamento, *celeritas*, pues aparece sólo en otros dos textos: Ulpiano, D. 24,1,3,12, donde *celeritate coniungendarum inter se actionum* no parece que sea de Ulpiano; y Pomponio, D. 40,4,41,1, en el que *celeritas libertatis* podría admitirse como "anticipación de la libertad" del *statuliber*.

los magistrados municipales la *postulatio cautionis* y el primer decreto de *missio*⁹¹, por el que daba un derecho de vigilancia, y que se reservó el segundo decreto de *missio*⁹², que valía como justo título para la usucapión. Un apoyo textual de la reserva del segundo decreto, concedido siempre *causa cognita*⁹³, se encuentra en Ulpiano, D. 39,2,4,4: *Si forte duretur non caveri, ut possidere liceat (quod causa cognita fieri solet) non duumviros, sed praetorem vel praesidem permissuros: item ut ex causa decedatur de possessione*.

Para la recta comprensión de nuestro edicto, debemos tener en cuenta que el régimen de la *cautio damni infecti* en los municipios era el mismo de Roma, y que lo único que variaba era la posibilidad de delegar ciertos trámites a los magistrados municipales⁹⁴. Esto explica

91. Sobre la diferencia entre el primer decreto y el segundo, vid. BURCKHARD, pp. 541-563; BETANCOURT, pp. 32-58; RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen* cit., pp. 127-132.

92. Cfr. CUYACIO, *Recitationes solennes seu Commentarii Pauli ad Edictum. Ad legem V. de damno infecto*, en *Opera V* (Patri 1838) c. 14: "... cautionem, id est, ut habeant et curent caveri damni infecti praetoria stipulatione, et possessionem, id est, missionem in possessionem ex primo decreto: cetera praetorem vel praesidem suae iurisdictioni reservare, ut si post primum decretum possessionis nolit cavere, ex secundo iubeat actorem aedes ruinosas iure domini possidere, et reficere tanquam suas, atque etiam usucapere..."; LENEL, *EP.*³, p. 53; BONFANTE, *Corso* II, 1 cit., pp. 412-413; LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem* I (Bologna 1965) pp. 336-337; KASER, *ZPR.*, p. 129; SIMSHÄUSER, *Iuridici*, p. 208; BETANCOURT, pp. 107-108; DOMINGO, *Estudios* I, pp. 74-75. Con fundamento en Macer, D. 1,21,4,1, Betancourt (p. 109) plantea la posibilidad de que en época de Macer se hubiera delegado a los magistrados municipales incluso el *secundum decretum*. Sin embargo, Macer, en el elenco de actos delegables que ofrece en su libro 1 *de officio praesidis*, parece no diferenciar los delegables *ad casum* de los delegables *in genere*; de ahí que este apoyo textual sea, en mi opinión, insuficiente. Por lo demás, Macer se está refiriendo a la jurisdicción provincial. Evidentemente, que el pretor se reserve el *secundum decretum* no significa que no lo pueda delegar *ad casum*; sobre *iurisdictio mandata*, cfr. DOMINGO, *Estudios* II, pp. 64-69.

93. En este sentido debe entenderse Paulo, D. 50,17,105: *Ubi cumque causae cognitio est, ibi praetor desideratur*.

94. Sobre el régimen especial de la Gallia Cisalpina en materia de *damnum infectum*, expuesto en el capítulo 20 de la *lex Rubria*, vid. BONFANTE, *Corso* II, 1

que, en el título *De damno infecto*⁹⁵, el pretor se refiriera conjuntamente tanto al procedimiento de *damnum infectum* urbano como al municipal. Así, Ulpiano, D. 39,2,7pr. transcribe las siguientes palabras del título *De damno infecto*: ...SI DE EA RE EX DECRETO MEO EIUSVE, CUIUS DE EA RE IURISDICTIONE FUIT QUAE MEA EST, CAUTUM FUISSET... No tendría ningún sentido que nuestro edicto repitiera lo que en este título ya se decía. Distinto es que Ulpiano, Paulo y Gayo, en sus comentarios a nuestro edicto, precisamente porque ocupaba un puesto anterior en el *album*, trajeran a colación cuestiones de este título *De damno infecto* para referirlas específicamente a los municipios. Interesantes en este sentido son Paulo, D. 39,2,5,1, que plantea el problema de si son varios los dueños que deben dar la caución (*qui cavere debent*) o pueden solicitarla (*qui caveri sibi desiderant*)⁹⁶, y Gayo, D. 39,2,6, a propósito del interdicto *de ruderibus tollendis*⁹⁷, que no podrá ejercitarse, por falta de legitimación pasiva, cuando el propietario de la casa ruinosa deja por abandonados los escombros.⁹⁸

El fragmento más extenso que se nos ha conservado del comentario *ad hoc edictum* es el de Ulpiano, D. 39,2,4, que consta de diez párrafos. Como bien observó Lenel⁹⁹, el contenido del fragmento se puede dividir en tres partes marcadamente diferenciadas: en la primera (§§ pr-4), se expone brevemente el régimen de la *cautio damni infecti* y se habla de la delegación de ciertos trámites a los magistrados municipales; en la segunda, que comprende los §§ 5-6, se trata de la *denuntiatio ad domum*; y en la tercera (§§ 7-10), se comenta la acción que se puede ejercitar contra el magistrado negligente.

cit., pp. 394-396; BRUNA, *Lex Rubria. Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in Gallia Cisalpina* (Leiden 1972) pp. 77-131; y BETANCOURT, pp. 102-106, con literatura.

95. Cfr. LENEL, *EP*.³, pp. 371-373.

96. Un comentario detallado de este texto ofrece BRANCA, pp. 154-163.

97. Cfr. BETANCOURT, pp. 58-76.

98. Esta es la interpretación del texto gayano que acertadamente ofrece BETANCOURT, p. 60.

99. Cfr. LENEL, *Palingenesia II*, cc. 422-423 §§ 182-184.

El tenor de los párrafos pr.-2¹⁰⁰ de Ulpiano, D. 39,2,4 es el siguiente:

Dies cautioni praestitutus si finietur, praetoris vel praesidis officium erit ex causa vel reum notare vel protelare eum et, si hoc localem exigit inquisitionem, ad magistratus municipales hoc remittere. (1) Si intra diem a praetore constituendum non caveatur, in possessionem eius rei mittendus est. 'Eius rei' sic accipe, sive tota res sit sive pars sit rei. (2) An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur?¹⁰¹ non puto, sed in factum actione tenebitur: nam et si a praetore missus non admittatur, eadem actione utendum est.

Según Lenel, con bastante fundamento, [*vel reum ... inquisitionem*]¹⁰² y [*a praetore constituendum*]¹⁰³ estarían interpolados. En mi opinión, sólo se puede mantener la autenticidad del texto si pensamos que, en tanto Ulpiano, en el *principium*, trataba de la prohibición que tenían los magistrados municipales, salvo delegación pretoria *ad casum*, de volver a decretar una *cautio damni infecti* cuando el plazo de eficacia de la caución anterior había ya vencido, en § 1 se refería, no al plazo de validez de la propia caución, sino al plazo que

100. Omito la transcripción de los §§ 3 y 4 porque han sido transcritos y comentados en páginas anteriores.

101. Sobre el *ius pignus capiendi* de los magistrados municipales tenemos nuevas referencias en la *lex Irnitana*, cap. 19, lín. 9; cap. 71, línn. 2-3; y cap. 83, lín. 50. Es muy probable que, con esta pregunta retórica, Ulpiano pretendiese comparar el procedimiento de la *cautio damni infecti* con el procedimiento de la *cautio rem pupilli salvam fore*, donde, para coaccionar al tutor a dar la caución, se permitió a los magistrados municipales tomar prendas al tutor. A esto parece referirse Inst. 1,24,3; sobre este tema, vid. GUZMÁN, *Caución tutelar en derecho romano* (Pamplona 1974) p. 106.

102. Cfr. LENEL, *Palingenesia* II, c. 422 n. 4. La posibilidad de prorrogar el plazo es del todo improbable, ya que Ulpiano, cuando vuelve a tratar de este tema en el libro 53, viene a excluirlo; cfr. Ulpiano, D. 39,2,15pr.: *Si finita sit dies statuta in cautione, iterum arbitratu praetoris ex integro erit cavendum*.

103. Cfr. LENEL, *Palingenesia* II, c. 422 n. 5. En EP.³, p. 53 n. 7, sólo considera itp. la palabra [*praetore*]. A favor de esta itp. está el hecho de que, al comienzo de este fragmento, Ulpiano hable del *praetor vel praesides* y ahora se refiera sólo al *praetor*, lo que hace pensar que los Compiladores omitieron la referencia a los magistrados municipales.

el pretor –o el propio magistrado municipal cuando no se trata de una segunda caución– podían imponer al demandado para que diera la caución, bajo amenaza de *missio in possessionem ex primo decreto*. Supliendo una referencia al *dunvir*, se entiende mejor el texto: *Dies cautioni praestitutus <a duoviro> si finietur...*

La expresión *eadem actione utendum est* muestra la identidad del trámite cautelar en municipios y en Roma. Lo único específico de los municipios es el hecho de la delegación. Tanto es así que lo comentado en el libro 1 *ad edictum* con ocasión de este edicto vuelve a ser tratado –¡a repetirse!– en el libro 53, en el comentario al título *De damno infecto*¹⁰⁴. Incluso las palabras “*eius rei*” así como la mención del “*dies*” aparecen en la transcripción literal que Ulpiano hace del edicto *de damno infecto*.¹⁰⁵

El mayor problema que ha planteado este texto a la romanística es la acción *in factum* que parece concederse en el § 2 contra aquel que impide la entrada al *missus*. En efecto, muchos han sido los romanistas¹⁰⁶ que han considerado que esta acción no sería propiamente *in factum*, sino ficticia, por la relación que guarda con Ulpiano, D. 39,2,7pr., y con el cap. 20 de la *lex Rubria*¹⁰⁷. En contra de la opinión

104. Así, por ejemplo, Ulpiano, 1 *ad ed.*-D. 39,2,4pr. trata del mismo tema que Ulpiano, 53 *ad ed.*-D. 39,2,13,15, y D. 39,2,15pr.-1; en Ulpiano, 1 *ad ed.*-D. 39,2,4,1-2 se comenta parte del edicto transcrito en Ulpiano, 53 *ad ed.*-D. 39,2,7pr. Así lo vio ya BRANCA, p. 195 y n. 5.

105. Cfr. Ulpiano, D. 39,2,7pr.

106. Cfr. ALIBRANDI, *Del concorso delle azioni*, en *Opere giuridiche e storiche del Prof. I. Alibrandi* I (Roma 1896) p. 176; BRANCA, pp. 195 y 230; DE MARTINO, *La giurisdizione*, p. 206 n. 1; KASER, *RPR*. I², p. 408; SIMSHÄUSER, *Iuridici*, p. 212 n. 88; RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen* cit., pp. 132-137. Un *status quaestionis* bastante exhaustivo hasta 1975 ofrece BETANCOURT, pp. 84-88. BURCKHARD, p. 585, no se plantea el dilema, pues considera que una acción *in factum* puede ser ficticia.

107. En el cap. 20, lín. 17-19 (*FIRA*. I, p. 171), se concede una acción contra el que incumple el decreto de dar caución con la ficción de que la había dado: *proinde atque sei d(e) e(a) r(e), quom ita postulatum esset, damn[e]i infectei ex formula recte repromissum satisve datum esset*. Sobre esta acción, vid. entre otros, BRUNA, *Lex*

mayoritaria, ha defendido Betancourt con nuevos argumentos que, más que de una acción ficticia, se trataría del interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* que, en época justiniana, fue convertido por los Compiladores en una acción *in factum*¹⁰⁸. A favor de la postura de Betancourt se encuentra el hecho de que los magistrados municipales podían decretar interdictos¹⁰⁹, pero no la acción ficticia, que sería competencia del pretor. Del § 2 en relación con el § 4 parece deducirse que es el propio magistrado municipal, y no el pretor, quien actúa en este caso, aunque, eso sí, lo hace del mismo modo que lo haría el pretor delegante del segundo decreto.

En los §§ 5-6, se produce, como he dicho, un cambio brusco en el comentario ulpiano, pues pasa a tratarse de la *denuntiatio ad domum*¹¹⁰, como trámite obligatorio impuesto en la *cautio damni infecti*:

Praetor ait: 'dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam'. Abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat: verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua¹¹¹. Sed 'domum, in quam degit'¹¹², denuntiari' sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi

Rubria cit., pp. 85-89; SIMSHÄUSER, *Iuridici*, pp. 205-218; BETANCOURT, pp. 102-106; RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen* cit., p. 147 n. 2.

108. Cfr. BETANCOURT, pp. 82-83. Esta misma itp. la ve en Paulo, D. 39,2,18,13-15, y en Ulpiano, D. 43,4,4,4.

109. Cfr. DOMINGO, *Estudios I*, pp. 66-70, con bibliografía.

110. Sobre esta expresión siguen siendo válidas las observaciones de BOYÉ, *La "denuntiatio" introductive d'instance sous le Principat* (Bordeaux 1922) pp. 238-247; sobre *denuntiatio* en la *cautio damni infecti*, vid. BURCKHARD, p. 485.

111. Según BRANCA, p. 194, sin demasiado fundamento, [*verecunde ... domo sua*] sería itp.; cfr. la opinión contraria en BOYÉ, *La "denuntiatio"* cit., p. 240. En relación con esta secuencia debe ponerse Paulo, D. 2,4,21 (=D. 50,17,103): *Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet*. Como bien vio LENEL, *Palingenesia*, I, c. 967 § 88 y n. 6, este fragmento hay que unirlo a Paulo, D. 2,4,19, que comentaría la misma cláusula edictal. Un estudio detallado de la expresión "*de domo sua non extrahi*" ofrece ahora LICANDRO, "*In ius vocatio*" e violazione del domicilio, en *SDHI*. 57(1991)205-263.

112. Según LENEL, *Palingenesia II*, c. 422 n. 6; y BRANCA, p. 194, [*in quam degit*] es itp. No lo es si no se toma como cita literal del Edicto; lo que habría, por tanto, que suprimir es el entrecomillado.

ei denuntietur. Quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis¹¹³. (6) Totiens autem praetorem exigere denuntiationem intellegendum est, si sit cui denuntietur: ceterum si non sit, veluti quod hereditaria insula est nec dum hereditas adita, vel si heres non exstet nec inhabitetur, cessat haec pars edicti. Est tamen tutius libellum ad ipsas aedes proponere: fieri enim potest, ut ita monitus defensor existat.¹¹⁴

En estos párrafos, Ulpiano comenta la frase “*dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam*”, que, sin lugar a dudas, es edictal. Así lo vieron ya Rudorff¹¹⁵ y Lenel¹¹⁶, que la incorporaron a nuestro edicto. Ahora bien: ¿se encontraba esta cláusula edictal en nuestro edicto o fue traída por Ulpiano de su verdadera sede con ocasión de su comentario *ad hoc edictum*? La *denuntiatio ad domum* era un tipo especial de citación, pero ni exclusiva de los municipios¹¹⁷ ni exclusiva de la *cautio damni infecti*¹¹⁸. Sin embargo, los Compiladores aprovecharon los

113. Según BRANCA, p. 194, sin demasiado fundamento, [*vel procuratori ... inquilinis*] sería itp.

114. BRANCA, pp. 194-195, considera itp. [*est tamen ... existat*]. A mi modo de ver, esta censura es injustificada.

115. RUDORFF, *EP.*, p. 27.

116. Cfr. LENEL, *EP.*³, p. 53.

117. A la *denuntiatio ad domum* en Roma se refiere Cicerón en la *Oratio pro P. Quinctio* 17,54, para advertir que, antes de recurrir a la *missio in bona* de un amigo *latitans*, es preferible proceder a la *denuntiatio*: ... *postulone a praetore, ut eius bona mihi possidere liceat, an, cum Romae domus eius uxor, liberi sint, domum potius denuntiem?* ... *prius exspectare; deinde, si latitare aut diutius ludificare videatur, amicos convenire, quaerere quis procurator sit, domum denuntiare*; cfr. también *pro Q. Roscio Comoedo* 9,26; y *pro Caecina* 7,19. Un comentario de estos textos ciceronianos ofrece FERNÁNDEZ-BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona 1969) pp. 115-117.

118. Cicerón, por ejemplo, en los textos citados en la nota anterior, no refiere la *denuntiatio* como un trámite cautelar. Sobre los diversos tipos de *denuntiationes*, vid. BOYÉ, *La “denuntiatio”* cit., pp. 238-269; y PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano* (Milano 1942) pp. 47-49. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* II (Napoli 1933) p. 164, dice que la *denuntiatio* pudo utilizarse para notificar al supuesto heredero el transcurso del *spatium deliberandi* impuesto por el pretor, a petición de los acreedores, cuando no había acudido el heredero a la *interrogatio in iure an heres sit*.

párrafos 5 y 6 de D. 39,2,4 para intercalarlos en este largo fragmento referido a la *cautio damni infecti* municipal. En mi opinión, esta frase edictal no formaría parte de nuestro edicto, ya que: a) el *iubeam* inicial tiene como sujeto al pretor, y, en los municipios, la *denuntiatio*, como trámite previo a la caución, correría a cargo del magistrado municipal; b) se menciona en dos ocasiones al pretor y no se hace referencia alguna al magistrado municipal, lo que indica que Ulpiano se estaba refiriendo al procedimiento general de caución, válido tanto para los municipios como para Roma¹¹⁹; c) en la transcripción parcial que hace Ulpiano, D. 39,2,7pr. del edicto sobre la *cautio damni infecti*, a diferencia del capítulo 20 de la *lex Rubria*¹²⁰, se echa en falta una referencia a una posible *evocatio*¹²¹; la frase *dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam* bien podría suplir esa laguna.¹²²

3. La acción contra el magistrado municipal negligente

De la acción pretoria contra el magistrado municipal que actúa negligentemente en un trámite delegado de petición de caución o que retrasa injustificadamente la *missio ex primo decreto* tenemos noticias por Ulpiano, D. 39,2,4,7-10. Estos cuatro párrafos poco tienen que ver con el resto del fragmento. Entre el § 6 y el § 7 se produce un cambio brusco de sentido, sólo comprensible si consideramos que fueron los Compiladores los que unieron estos párrafos que se encontraban, dentro del libro 1 de Ulpiano *ad edictum*, bastante distanciados.

119. Esta misma opinión mantiene BOYÉ, *La "denuntiatio"* cit., p. 239; BRANCA, p. 195; PALERMO, *Procedimento cauzionale* cit., p. 48.

120. Cfr. *lex Rubria*, cap. 20, lín. 10: *eum, quei in ius eductus erit* (FIRA. I, p. 171).

121. Sobre *evocatio*, vid. KASER, *ZPR.*, p. 138 n. 79. Sobre *denuntiatio* en época clásica, vid. FERNÁNDEZ-BARREIRO, *La previa información del adversario* cit., pp. 244-245.

122. Un comentario de esta cláusula edictal ofrece ahora LICANDRO, art. cit., en *SDHI*. 57(1991)259-261, pero no señala en qué lugar del Edicto se encontraba.

El tenor literal del § 7 es el siguiente:

In eum, qui quid eorum quae supra scripta sunt non curaverit, quanti ea res est¹²³, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur: quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest¹²⁴, et ad utilitatem venit, non ad poenam.¹²⁵

En este párrafo, Ulpiano parafrasea parte del texto edictal. Es probable que nuestro edicto comenzase hablando de los trámites cautelares delegados y, al final, anunciase, con palabras semejantes a las transcritas, la acción correspondiente contra el magistrado que no observara *quid eorum quae supra scripta sunt*. Al empalmar los Compiladores este párrafo con D. 39,2,4, lo supraescrito cambió de contenido y pasó a referirse, en vez de a nuestro edicto, a las cuestiones de la *cautio damni infecti* tratadas en los seis primeros párrafos de D. 39,2,4.

Por Ulpiano, D. 39,2,4,8, sabemos que, para que la acción contra el magistrado tenga lugar, se requiere que haya habido una previa *postulatio cautionis pro tribunali*¹²⁶. La existencia de una razonable distancia entre el municipio donde está ubicado el fundo y Roma es

123. Probablemente un error por ERIT; vid. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München 1935) pp. 4 n. 12, 189-190 y 199 n. 49. Para este autor es imposible ("unmöglich") que el tiempo verbal sea EST y no ERIT, "denn das Präsens würde sich auf den Zeitpunkt der Rechtsschutzverheißung beziehen" (p. 4 n. 12).

124. Sobre el significado de esta expresión pueden contrastarse las posiciones algo distintas de MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes* (Köln-Graz 1962); y HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht* (München 1969); rec. de D'ORS, en *AHDE*. 40(1970)741-743.

125. Según KASER, *Quanti ea res est* cit., p. 190, la frase [*et ad ... poenam*] sería itp., pues la acción es reipersecutoria.

126. La expresión *pro tribunali*, es decir, en un estrado, se contrapone a la expresión *de plano*; cfr. HEUMANN-SECKEL, p. 593; y D'ORS, *DPR*.⁸ § 95. No sólo el pretor, sino también los magistrados municipales, actuaban en tribunales; cfr., por ejemplo, *lex Irnitana*, cap. 86, lín. 21-22: *apud tribunal suum*.

también un requisito previo a la *datio actionis adversus magistratum*. En efecto, como señala Ulpiano, D. 39,2,4,9, si el municipio se encontraba tan cerca de Roma que el propietario afectado, dada su proximidad, podía acudir directamente al pretor, *potest dici cessare hanc actionem adversus magistratus, quasi nihil intersit*.

La acción contra el magistrado municipal negligente era tanto activa como pasivamente transmisible, perpetua, reipersecutoria¹²⁷ y tenía carácter subsidiario. Poco más sabemos sobre la naturaleza de esta acción. Según Rudorff¹²⁸ y Branca¹²⁹, esta acción sería *in factum*. Por analogía con la acción subsidiaria, que se trata de una acción útil con la ficción de que el magistrado municipal ha dado él mismo la caución solicitada¹³⁰, Betancourt¹³¹ opina que la acción contra el magistrado negligente sería ficticia.¹³²

127. Cfr. sobre estas tres notas, Ulpiano, D. 39,2,4,10. Estas características llevaron, con razón, a KARLOWA, *RRG*. II, p. 1243, a negar el carácter penal de esta acción; cfr. también BESELER, *Beiträge* IV, p. 264; y más recientemente KASER, *Quanti ea res est* cit., p. 190, aunque no descarta este autor la posibilidad de que originariamente sí lo fuera.

128. Cfr. la reconstrucción de la fórmula que ofrece RUDORFF, *EP.*, pp 27-28.

129. BRANCA, p. 232 n. 2.

130. Según LENEL, *EP.*³, p. 321, la acción subsidiaria tendría una *intentio in factum concepta*. VALIÑO, *Acciones útiles* (Pamplona 1974) pp. 23-24, señala que característica esencial de todas las fórmulas de acciones útiles es el hecho de contener una ficción. Como las fuentes hablan del carácter útil de la acción subsidiaria (cfr., por ejemplo, Ulpiano, D. 27,8,1pr., y CJ. 5,75,1,1, del 212), debe afirmarse también su carácter ficticio (vid. VALIÑO, pp. 371-374). Nuevos argumentos a favor del carácter ficticio de la acción subsidiaria ofrece GÓMEZ-IGLESIAS, art. cit., en *Estudios Hernández-Tejero* cit., pp. 274-275.

131. Vid. BETANCOURT, pp. 117-118.

132. Un apoyo textual intenta encontrar BETANCOURT, pp. 109-116 y 121, en Ulpiano, D. 39,2,15,28, donde lee *util actionem daturus sit* en vez de *utiliter actionem*. Esta posible sustitución de *utiliter* por *utilem* la había ya sugerido VALIÑO, *Acciones útiles* cit., p. 413 n. 6. En contra del carácter ficticio de esta acción, BRANCA, pp. 232-233, para quien resulta absurdo fingir que el magistrado había dado la caución si éste no estaba obligado a hacerlo.

El carácter ficticio de la acción subsidiaria deriva principalmente de haber sido incorporada por senadoconsulto en una época —la de Trajano— en la que éstos todavía no eran fuente directa del *ius*, por lo que se hacían valer a través de ficciones y excepciones¹³³. Por eso, esta analogía sólo puede ser tenida a modo de conjetura, pues dos acciones creadas para resolver supuestos similares pueden ser de distinta clase por el mero hecho de haber surgido en épocas distintas. Por lo demás, existen tanto acciones *in factum* de contenido similar a la nuestra, como la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, la acción por desacato al decreto del magistrado municipal, como ficticias, como la del cap. 20 de la *lex Rubria* contra el demandado que no cumple el decreto de exigencia de *cautio* del magistrado municipal¹³⁴, o la acción prevista en Ulpiano, D. 39,2,7pr., por si, en caso de *non admissio*, se produce el daño. Esta acción ha sido tradicionalmente considerada por la doctrina como ficticia¹³⁵; Betancourt, sin embargo, con bastante fundamento, piensa que es *in factum*.¹³⁶

D. DATACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

Sobre la posible datación del edicto que estudiamos sólo se pueden hacer conjeturas, pues las fuentes no aportan datos que puedan servirnos de referencia. Con carácter general, la doctrina¹³⁷ ha venido

133. Cfr. D'ORS, *DPR.*⁸ § 41.

134. Cfr. *lex Rubria*, cap. 20, línn. 17-19. (*FIRA*. I, p. 171).

135. Cfr. ahora RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen* cit., pp. 132-137, con literatura.

136. Cfr. BETANCOURT, pp. 84-90.

137. Vid. ya PUCHTA, *Über den Inhalt der Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 10(1842)215, que piensa que con la delegación edictal del primer decreto de misión se dio un paso adelante en la delegación de competencias a los magistrados municipales; SIMSHÄUSER, *Iuridici*, p. 218; BETANCOURT, pp. 108-109 y 121.

afirmando que el edicto sobre delegación del trámite cautelar fue posterior a la *lex Rubria* (¿49 a.C.? ¹³⁸). Como advierte Karlowa¹³⁹, de haber existido el edicto con anterioridad, en el capítulo 20 de esta ley se habría delegado en los magistrados cisalpinos la *missio ex primo decreto*. Simshäuser¹⁴⁰, sin embargo, aunque está de acuerdo con la opinión general de posponer este edicto a la *lex Rubria*, considera que el régimen especial de la *lex Rubria*, de concesión de una acción ficticia, fue el que posteriormente se generalizó en Roma y desplazó al de las *missiones*, salvo en los municipios, donde se aplicó nuestro edicto de delegación. Absolutamente contraria es la opinión de Betancourt¹⁴¹, para quien posiblemente la acción ficticia desapareció cuando fue delegada la *missio ex primo decreto* a los magistrados municipales. En efecto, la romanización del régimen municipal, señalada por Betancourt, es más probable que la pretendida municipalización del régimen romano, sugerida por Simshäuser. La cuestión, de todos modos, sigue abierta. A modo de conjetura, cabe decir que posiblemente el edicto que nos ocupa sea posterior a la publicación de la ley municipal de Augusto¹⁴², que fue promulgada algo después de la ley de juicios privados (17 a.C.)¹⁴³. Desgraciadamente, el único límite que tenemos para cerrar el

138. Cfr. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana* III² (Napoli 1973) pp. 370-373, con abundante literatura sobre esta discutida datación; y DOMINGO, *Estudios* II, p. 76 n. 207, donde recojo opiniones más recientes.

139. Cfr. KARLOWA, *RRG.* I, p. 469 n. 4; y *RRG.* II, p. 1244, donde señala que este edicto es de época imperial.

140. Vid. SIMSHÄUSER, *Iuridici*, p. 213.

141. BETANCOURT, pp. 108-109 y 121.

142. Nuevos datos sobre este controvertido tema de la ley municipal de Augusto ofrece ahora D'ORS, *Sobre legislación municipal*, en *Labeo* 40(1994)89-102, en contra de las recientes opiniones de LAMBERTI, *Tabulae Iritanae*, pp. 201-261.

143. Según MOZZILLO, "*Stipulationes praetoriae*" cit., pp. 121-122, no sólo este edicto, sino todo el título *De damno infecto*, sería posterior al 17 a.C. y anterior a la muerte de Labeón (entre el 10 d.C. y el 21 d.C.), pues este jurista comentó extensamente el título *De damno infecto*; en contra de esta opinión, con más fundamento, SIMSHÄUSER, *Iuridici*, pp. 214-215, para quien es del todo improbable que una casuística tan variada como la que comenta Labeón se haya originado en tan breve

período de datación es el demasiado lejano del senadoconsulto, de época de Trajano (98-117 d.C.), por el que se creó la acción subsidiaria, pues nuestro edicto existió ciertamente con anterioridad a ésta.

Con fundamento en Ulpiano, D. 39,2,4,7, y h.t. 7pr., puede conjeturarse la siguiente reconstrucción¹⁴⁴:

IS QUI I.D.P.E.¹⁴⁵ DAMNI INFECTI NOMINE SUO PROMITTI IUBEbit EI, QUI IURAVERIT N.K.C.¹⁴⁶ ID SE POSTULARE¹⁴⁷ IN EAM DIEM¹⁴⁸ QUAM C.C.¹⁴⁹ STATUERIT. *IS QUI* I.D.P.E.¹⁵⁰, EUM CUI ITA NON CAVEBITUR, IN POSSESSIONEM EIUS REI¹⁵¹, CUIUS NOMINE UT CAVEATUR POSTULABITUR, IRE IUBEbit. IN EUM QUI I.D.P.E.¹⁵², QUI QUID EORUM Q.S.S.S.¹⁵³ NON CURAVERIT, QUANTI EA RES ERIT¹⁵⁴ CUIUS DAMNI INFECTI NOMINE CAUTUM NON ERIT, I.D.¹⁵⁵

espacio de tiempo. Sobre esta casuística, vid. ahora RAINER, *Servius und Labeo zur "cautio damni infecti"*, en *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* cit., pp. 285-302. Por otra parte, el hecho de que Gayo 4,30-31 señale que la *legis actio damni infecti* sobrevivió a la reforma procesal de Augusto no obliga a pensar que el Edicto, antes de Augusto, no trataba del *damnum infectum*.

144. Sobre el significado de los distintos tipos de letras, vid. n. 58.

145. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,1 (FIRA. II, p. 456): I.D.P.E.: *iure dicundo praeerit*.

146. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,11 (FIRA. II, p. 457): N.K.C.: *non calumniae causa*.

147. Cfr. Ulpiano, D. 39,2,4,8.

148. Cfr. Ulpiano, D. 39,2,4pr.

149. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,12 (FIRA. II, p. 457): C.C.: *causa cognita*.

150. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,1 (FIRA. II, p. 456): I.D.P.E.: *iure dicundo praeerit*.

151. Cfr. Ulpiano, D. 39,2,4,1.

152. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,1 (FIRA. II, p. 456): I.D.P.E.: *iure dicundo praeerit*.

153. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,9 (FIRA. II, p. 457): Q.S.S.S.: *quae supra scripta sunt*.

154. ERIT y no EST, como dice Ulpiano, D. 39,2,4,7; cfr. n. 123.

155. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,6 (FIRA. II, p. 456): I.D.: *iudicium dabo*.

III. EL EDICTO SOBRE LOS FUGITIVOS

En el cuarto lugar del *album*, colocan Rudorff¹⁵⁶ y Lenel¹⁵⁷ el llamado edicto *de fugitivis*¹⁵⁸. Sin embargo, el contenido del edicto es distinto en ambas reconstrucciones: para Rudorff, este edicto se refería a la obligación que tenía cualquiera que capturaba a un fugitivo de llevarlo ante los magistrados; para Lenel, en cambio, la razón de ser de este edicto se hallaba en la obligación que imponía el pretor a los magistrados municipales de custodiar diligentemente a los esclavos fugitivos capturados presentados *in iure*.¹⁵⁹

A. DETERMINACIÓN Y COMENTARIO DE LA BASE TEXTUAL

La base textual para la reconstrucción del edicto sobre los fugitivos es escasísima, ya que sólo se nos conservan dos fragmentos del comentario de Ulpiano *libro primo ad edictum praetoris*: uno muy breve –D. 47,10,22–, en el que el jurista severiano advierte que, si un libre es capturado como si fuese un fugitivo, tiene una acción de injurias contra el que lo capturó, y otro bastante extenso –D. 11,4,1–, que transcribo y comento a continuación:

156. RUDORFF, *EP.*, p. 30.

157. LENEL, *EP.*³, pp. 54-55.

158. Sobre la inexistencia de rúbricas para los distintos edictos, vid. DOMINGO, *Sobre las supuestas rúbricas edictales en el Edicto del pretor*, en *SZ.* 108(1991) 290-303.

159. Una crítica a la reconstrucción del edicto sobre los fugitivos realizada por Rudorff nos ofrece LENEL, *Beiträge*, pp. 29-31.

Is qui fugitivum celavit fur est. (1) Senatus censuit, ne fugitivi admittantur in saltus neque protegantur a vilicis vel procuratoribus possessorum, et multam statuit: his autem, qui intra viginti dies fugitivos vel dominis reddidissent vel apud magistratus exhibuissent, veniam in ante actum dedit: sed et deinceps eodem senatus consulto impunitas datur ei, qui intra praestituta tempora, quam repperit fugitivos in agro suo, domino vel magistratibus tradiderit. (2) Hoc autem senatus consultum aditum etiam dedit militi vel pagano ad investigandum fugitivum in praedia senatorum vel paganorum (cui rei etiam lex Fabia prospexerat et senatus consultum Modesto consule factum), ut fugitivos inquirere volentibus litterae ad magistratus dentur, multa etiam centum solidorum in magistratus statuta, si litteris acceptis inquirentes non adiuvent. Sed et in eum, qui quaeri apud se prohibuit, eadem poena statuta. Est etiam generalis epistula divorum Marci et Commodi, qua declaratur et praesides et magistratus et milites stationarios dominum adiuvere debere inquirendis fugitivis, et ut hi, apud quos delitescant puniantur, si crimine contingantur. (3) Unusquisque eorum, qui fugitivum adprehendit, in publicum deducere debet. (4) Et merito monentur magistratus eos diligenter custodire, ne evadant. (5) Fugitivum accipe et si quis erro sit. Fugitivi autem appellatione ex fugitiva natum non contineri Labeo libro primo ad edictum scribit. (6) In publicum deduci intelleguntur qui magistratibus municipalibus traditi sunt vel publicis ministeriis. (7) Diligens custodia etiam vincire permittit. (8) Tamdiu autem custodiuntur, quamdiu ad praefectum vigilum vel ad praesidem deducantur. (8a) Eorumque nomina et notae et cuius se quis esse dicat ad magistratus deferantur, ut facilius adgnosci et percipi fugitivi possint (notae autem verbo etiam cicatrices continentur): idem iuris est, si haec in scriptis publice vel in aedes proponas.

En su *Palingenesia*¹⁶⁰, Lenel atribuye a este largo fragmento dos números distintos –el 185 y el 186–, porque considera que los §§ pr.-2 son bastante independientes de los seis siguientes. En efecto, en estos primeros párrafos, Ulpiano parece referirse a la regulación extraedictal de los fugitivos en tanto que en el resto del fragmento (§§ 3-8a) comenta ciertas palabras que formaban parte del edicto sobre los fugitivos; de ahí que sea muy probable que estos párrafos hayan sido empalmados por los propios Compiladores.

160. LENEL, *Palingenesia* II, c. 423.

Desde la perspectiva de nuestro estudio, lo que nos interesa es separar lo genuinamente edictal de este fragmento de lo extraedictal, pues no cabe duda de que Ulpiano preparó su comentario *ad edictum de fugitivis* a la luz de aquellas otras disposiciones que eran más próximas a la época en que lo escribió.

1. Disposiciones extraedictales referidas por Ulpiano, D. 11,4,1pr.-2

Ulpiano abre su comentario *ad edictum de fugitivis* mencionando un senadoconsulto que: a) castigaba con una multa¹⁶¹ a aquellos que admitieran en sus haciendas o protegieran a los esclavos fugitivos; b) permitía entrar en los *praedia senatorum vel paganorum* con el fin de buscar a los fugitivos, y c) concedía un plazo de impunidad de veinte días para entregar al dueño o a los magistrados los esclavos fugitivos encontrados *in agro suo*.¹⁶²

Tanto Buckland¹⁶³ como Morabito¹⁶⁴ atribuyen incorrectamente este senadoconsulto a Antonino Pío. Sin embargo, como ya observaron Bellen¹⁶⁵, Longo¹⁶⁶ y Waldstein¹⁶⁷, este senadoconsulto es, por la

161. El senadoconsulto remitía la multa (*dare veniam*) al protector del fugitivo, si, en el plazo de veinte días, entregaba el esclavo al dueño o al magistrado. Sobre “*venia*”, vid. WALDSTEIN, *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht* (Innsbruck 1964) p. 144.

162. Que, como opinan BONFANTE, FADDA, FERRINI, RICCOBONO y SCIALOJA, *Digesta Iustiniani Augusti* (reimpr. Milano 1960) p. 280; y BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich* (Wiesbaden 1971) p. 11 n. 56, [*sed et ... tradiderit*] sea una itp., es probable; en contra, rec. de LONGO, en *IVRA* 23(1972)175.

163. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908) p. 268.

164. MORABITO, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste* (Paris 1981) p. 263.

165. BELLEN, p. 11 n. 54.

166. LONGO, rec. a Bellen, en *IVRA* 23(1972)175.

167. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven* (Stuttgart 1986) p. 208 n. 29.

identidad de contenido, la misma *oratio Marci* a la que se refiere Ulpiano en el libro séptimo *De officio proconsulis* (D. 11,4,3), mediante la cual Marco Aurelio concedió la facultad de entrar en los predios *tam Caesaris quam senatorum et paganorum* para buscar a los esclavos fugitivos.

También es de Marco Aurelio, junto con Cómodo, la *epistula*, de la que nos habla Ulpiano al final del § 2 de D. 11,4,1, por la que se obligó a los gobernadores, magistrados y soldados estacionarios a ayudar al dueño en la búsqueda de los esclavos fugitivos y en la entrega de los capturados, y se impusieron penas a aquellos en cuyas casas se ocultasen.

Pero, sin lugar a dudas, la disposición legal más importante que cita Ulpiano es la *lex Fabia*, de la que tanto el edicto que comentamos como los senadoconsultos y otras disposiciones posteriores no son sino un desarrollo.

Siguiendo la transcripción que sugiere Bellen¹⁶⁸ de este texto, distinta de la propuesta por Mommsen en la *editio maior*, hay que

168. BELLEN, p. 10 n. 48, observa con fundamento que la puntuación que MOMMSEN, en la *editio maior* I, pp. 344-345, hace de este párrafo 2 no es la más adecuada, ni desde el punto de vista gramatical, ni desde el punto de vista de su recta comprensión, pues considera que la oración consecutiva *ut fugitivos...* depende de *prospexerat* y no de *dedit*. Por otra parte, según este autor, las *litterae ad magistratus* no necesariamente deben referirse al senadoconsulto que está comentando Ulpiano, pues sabemos que se exigían ya con anterioridad a él (cfr. el rescripto de Antonino Pío que conservamos en Ulpiano, D. 11,4,3). La lectura de Bellen encuentra sólidos apoyos en la romanística española de siglos pasados; cfr. RAFAEL DE VILOSA, *Tractatus de fugitivis ad explicationem Claudii Tryphonini in l. Fugitivus 225 D. de verbo. sig.*² (Neapoli 1674) p. 148: "Cui rei etiam lex Fabia de plagiaris prospexerat et aliud senatus consultum factum Modesto Consule, ut fugitivos inquirere volentibus litterae ad Magistratus dentur"; y GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Romano I* (Barcelona 1889, reimpr. Valladolid 1988) p. 657, que utilizó la versión latina de Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Así lo vio también VOIGT, *Die "lex Fabia de*

pensar que Ulpiano trajo a colación la ley Fabia –que cita junto a un enigmático senadoconsulto *Modesto consule factum*¹⁶⁹– para señalar que en ella ya se disponía que los que buscaban esclavos fugitivos debían presentar unas *litterae* a los magistrados, y que éstos, una vez aceptadas, debían colaborar (*adiuvare*) en su búsqueda y captura, bajo *multa centum solidorum*¹⁷⁰. Esta colaboración se concretaría fundamentalmente en la publicación de un decreto de búsqueda y captura con los datos facilitados por el dueño, y en la no-denegación de los recursos jurisdiccionales pertinentes (sobre todo interdictos) para entrar en los fundos en los que se sospechase que pudiera haber fugitivos escondidos.

De esta *lex Fabia de plagiariis*¹⁷¹ tenemos bastantes referencias en las fuentes¹⁷². Se trató de una ley que castigó el crimen de *plagium*, consistente en la usurpación de derechos dominicales, tanto sobre ciudadanos romanos y manumitidos en Italia por peregrinos, como sobre esclavos ajenos pertenecientes a ciudadanos romanos.¹⁷³

plagiariis”, en *Berichte über die Verhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften. Philologisch-historische Classe* 37(1885)140.

169. Según HUVELIN, *Études sur le “furtum” dans le très ancien droit romain I. Les sources* (Lyon-Paris 1915) p. 113, a mi entender erróneamente, [*et senatus consultum ... factum*] estaría interpolado.

170. *Solidus* es el nombre que recibió, a partir de Constantino, la unidad monetaria de oro, que venía llamándose *aureus*. Cien *solidi* se corresponden con diez mil sestercios, que es probablemente la moneda a la que hizo referencia Ulpiano; cfr. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) p. 886; LENEL, *Palingenesia* II, c. 423 n. 1; BELLEN, p. 10 n. 49; MORABITO, *Les réalités de l’esclavage* cit., p. 263 n. 1191.

171. Vid. VOIGT, pp. 319-345; BERGER, *Note critiche ed esegetiche in tema di plagio*, en *BIDR.* 45(1938)267-292; y *Lex Fabia*, en *RE. Suppl.* 7 (Stuttgart 1940) cc. 386-394; LONGO, *Crimen plagii*, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova* 13(1974)379-482; BELLEN, especialmente pp. 44-64.

172. Cfr., por ejemplo, Cicerón, *Pro C. Rabirio perduellionis* 3,8; PS. 5,30b= *Collatio* 14,2; Ulpiano, 9 de *officio proconsulis*-*Collatio* 14,3,4-5; D. 48,15; CTh. 9,18; CJ. 9,20.

173. Cfr. Paulo, *Collatio* 14,2,1; Ulpiano, *Collatio* 14,3,4-5. Según MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., p. 780, los peregrinos y los esclavos de los peregrinos quedaron excluidos de esta ley.

Desconocemos la fecha exacta de la *lex Fabia*, pero, como bien observó Mommsen¹⁷⁴, fue anterior a Cicerón –que la cita en una *oratio*¹⁷⁵ del 63 a. C.– y posterior a la guerra social¹⁷⁶. A modo de conjetura, cabe decir que pudo ser posterior a la revuelta de Espartaco (73-71 a. C.) y que quizá se pueda atribuir a un posible tribuno de la plebe Fabio, del año 64 a. C.¹⁷⁷

Más difícil resulta determinar con precisión la fecha del senadoconsulto Modestiano, que cita Ulpiano junto con la ley Fabia, pues desconocemos el año de consulado de este Modesto. Existió, sí, un cónsul Q. Aiaceus Modestus Crescentianus que lo fue en el año 228

174. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., p. 780. Cfr. también HEUMANN-SECKEL, p. 203; y SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma* (Milano 1989) p. 70.

175. Cicerón, *Pro C. Rabirio perduellionis* 3,8: *An de servis alienis contra legem Fabiam retentis*.

176. Muchos autores, en mi opinión equivocadamente, adelantan la fecha de la ley Fabia en más de un siglo. VOIGT, p. 327, la dató en el año 209 a.C., y se la atribuyó al cónsul Q. Fabius Maximus Verrucosus; ROTONDI, *Leges publicae Populi Romani* (Milano 1912) p. 258, la dató también, con duda, el año 209 a.C. Más recientemente, BELLEN, p. 45, ha fechado esta ley “vor Beginn des 2. Jh. v. Chr.” Uno de los argumentos que aporta a favor de esta datación tan temprana es que la ley sólo tenía en cuenta a los ciudadanos romanos y a los manumitidos en Italia (cfr. *Collatio* 14,3,4) por lo que tuvo que ser, según él, anterior a la concesión de la ciudadanía romana a toda Italia. Me parece, sin embargo, que este texto de la *Collatio* puede servir para argumentar exactamente lo contrario, a saber: que si se diferencia a los ciudadanos romanos de los manumitidos en Italia, no es porque los esclavos manumitidos en Italia por ciudadanos romanos no fuesen, también ellos, ciudadanos romanos, sino porque se quiere amparar legalmente a los manumitidos en Italia por peregrinos, que no se hacían *per manumissionem* ciudadanos romanos. También HUVELIN, *Études sur le «furtum»* I cit., pp. 114-116, adelanta la fecha de la ley, erróneamente, con fundamento en Plauto, *Mercator* 3, 664-666, donde intenta ver una alusión a la ley Fabia: *Post ad praetorem ilico ibo, orabo, ut conquisitores det mi in vicis omnibus; nam mihi nil relictis quicquam aliud iam esse intellego*.

177. A este posible tribuno de la plebe se refiere BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic II* (New York 1952) pp. 162 y 561.

d.C. como colega de M. (Pomponius?) Maecius Probus¹⁷⁸, pero este cónsul no pudo hacer este senadoconsulto¹⁷⁹, ya que Ulpiano había muerto ya cuando este Modestus Crescentianus alcanzó el consulado.

Con más fundamento, Mommsen¹⁸⁰ conjetura que este senadoconsulto pudo ser de Mettius Modestus, del que tenemos noticia por Plinio el Joven¹⁸¹. Stein¹⁸², por su parte, localiza a un tal Trebonius Proculus Mettius Modestus –hijo de Mettius Rufus, prefecto de Egipto del 89 al 91 d.C.– que, al parecer, fue cónsul en tiempos de Trajano, el año 103, y procónsul en Asia, en 119-120 d.C.¹⁸³ Posiblemente sea éste el autor del senadoconsulto.

2. Posible contenido edictal referido por Ulpiano, D. 11,4,1,3-8a

En los párrafos 3-8a de D. 11,4,1, se encuentra la clave para nuestra reconstrucción edictal, pues, como bien observó Lenel¹⁸⁴, a partir

178. Vid. SAMUEL, *Greek and Roman Chronology* (München 1972) p. 272.

179. A él se lo atribuyen erróneamente CUYACIO, *Paratitla in libro IX Codicis Iustiniani. Tit. XX Ad legem Fabiam plagiaris*, en *Opera VIII* (Patri 1839) c. 1336; y los traductores del Digesto, *El Digesto de Justiniano I* (Pamplona 1968) p. 450. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten XI,1* (Erlangen 1809) (Zusätze und Verbesserungen S. 321) p. 476, dice que existía “wahrscheinlich schon vor den Zeiten des Antoninus Pius”. VOIGT, p. 340 n. 55, pretende encontrar un apoyo textual en Marciano, D. 48,21,3,8, para atribuir el sc. a Modestus Taurinus, que fue *consul suffectus* con Antonino Pío.

180. Vid. MOMMSEN, *editio maior I*, p. 345 n. 1.

181. Plinio el Joven, *Epistulae* 1, 5.

182. STEIN, *Mettius*, en *RE. XV,2* (Stuttgart 1932) cc. 1499-1502.

183. Este intervalo de diecisiete años entre el consulado y el proconsulado era frecuente; cfr. STEIN, art. cit., en *RE. XV,2* cit., c. 1501, que menciona como ejemplos a C. Iulius Ferox, cónsul el año 99 y procónsul en el 116-117, y a Iulius Cornutus Tertullus, cónsul en el año 100 y procónsul en el 117-118.

184. LENEL, *Palingenesia II*, c. 423.

del tercer párrafo Ulpiano pasa a explicar el sentido literal de las principales palabras que componían el edicto sobre los fugitivos.

Rudorff¹⁸⁵ pensó que la frase del § 3 *qui fugitivum adprehendit, in publico deducere debet* era toda ella edictal. Para Lenel¹⁸⁶, en cambio, este edicto, como he dicho, sólo haría referencia a la obligación de los magistrados municipales de custodiar a los esclavos fugitivos capturados, para que no se escapen. Por eso, el edicto concedería una acción al propietario del esclavo fugitivo frente al magistrado negligente¹⁸⁷. Según este autor, las palabras *fugitivos* (§ 5) *in publicum deductos* (§ 6) *diligenter custodiant* (§§ 7-8) serían edictales.

Por otra parte, señala Lenel que “el hecho de que el jurista explique la palabra *notae* indica que nos encontramos realmente ante una obligación edictal de manifestar el nombre, las características, etc. del esclavo fugitivo”. “Nuestra cláusula —continúa diciendo este autor unas líneas más abajo— debía de ordenar a los magistrados municipales que enviasen al *praefectus vigilum* o al *praeses provinciae* una descripción detallada de los fugitivos capturados”.¹⁸⁸

Muy otra es la opinión de Bellen, para quien la obligación de *deducere in publicum* sólo existe desde el sc. de Marco Aurelio, por

185. RUDORFF, *EP.*, p. 30.

186. LENEL, *EP.*³, p. 54.

187. En un principio, también pensó Lenel que este edicto se refería a un deber jurídico general de todos los munícipes, y no sólo de los magistrados municipales, de poner en conocimiento público el nombre y los rasgos característicos de los fugitivos, debido al grado de peligrosidad de éstos (cfr. LENEL, *Beiträge*, p. 31). Sin embargo, ya en *EP.*¹ (Leipzig 1883) pp. 43-44, rectificó, con dudas, esta afirmación por considerar que el edicto iba dirigido a los magistrados municipales. Una rectificación definitiva se produjo en la edición francesa, *Essai de Reconstitution de l'Édit Perpétuel* I (Paris 1901, reimpr. 1975) pp. 60-61 n. 15, tras aceptar la crítica de Pernice, con fundamento en la, para él clara, itp. [*idem iuris... proponas*]; cfr. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht* cit. II, l² (Halle 1895) p. 107 n. 3.

188. LENEL, *EP.*³, p. 54.

lo que no tiene ningún sentido una cláusula edictal en la que se obligue al magistrado a custodiar a los *fugitivi deducti*. “No se puede saber –señala Bellen– a qué se refería realmente el título¹⁸⁹ *de fugitivis* del Edicto del pretor. Probablemente sólo contuviese una mención de la obligación del magistrado de ayudar al propietario en la búsqueda del esclavo fugitivo según estableció la *lex Fabia (litterae ad magistratus, D. 11,4,1,2)*”.¹⁹⁰

Como argumento para afirmar la escasa trascendencia del edicto *de fugitivis*, señala Bellen que, en tanto el título del Digesto *De servo corrupto* (D. 11,3) comienza con una cita del edicto correspondiente (*Ait praetor:...*), el título del Digesto *De fugitivis* (D. 11,4) se inicia con el mencionado senadoconsulto de Marco Aurelio.

Mi opinión al respecto se puede resumir en los siguientes puntos:

a) El hecho de que el edicto *de fugitivis* haya pasado oculto en las fuentes no significa en modo alguno que se pueda dudar de su existencia. Si tanto Ulpiano como Labeón trataron de los fugitivos en el primer libro de su comentario *ad edictum praetoris*, es porque algo se decía sobre ellos al comienzo del Edicto.

b) La causa de la escasez de fuentes sobre el edicto *de fugitivis* es doble: por una parte, porque este edicto no es sino un desarrollo de la *lex Fabia*, del siglo I a.C., de la que sí conservamos bastantes noticias, y, por otra, porque las numerosas disposiciones post-edictales han velado nuestro edicto. De ahí, por ejemplo, que los Compiladores hayan preferido comenzar el título del Digesto referido a los fugitivos con un importante senadoconsulto de Marco Aurelio a hacerlo con el tenor

189. Más que título corresponde aquí la palabra “edicto”, pues no existió propiamente un título sobre los fugitivos, sino tan sólo un edicto que estaba incorporado al título *De iurisdictione*; cfr. DOMINGO, *Estudios I*, pp. 19-31.

190. BELLEN, p. 12 n. 60.

literal del edicto, como en otras ocasiones, y de ahí también que el título *De fugitivis* del Digesto haya sido colocado en el libro 11 del Digesto y no en el libro 2, que sigue, aunque a veces muy tortuosamente, el título edictal *De iurisdictione*, donde se encontraba el edicto sobre los fugitivos.

c) Sobre el contenido del edicto, estoy básicamente de acuerdo con Lenel y en desacuerdo con la opinión de Bellen, pues considero que Ulpiano, en D. 11,4,1,3-8a, estaba comentando palabras edictales. La expresión *in publicum deduci* (§ 6) se encontraba ya en el edicto sobre fugitivos, y no sólo en el senadoconsulto de Marco Aurelio.

No me parece, sin embargo, acertada la afirmación de Lenel de que los magistrados municipales tuvieran que enviar una descripción detallada al *praefectus vigilum* sobre las notas características de los fugitivos capturados. Efectivamente, las palabras *nomina* y *notae* son genuinamente edictales, pero formarían parte, no de una cláusula como la que sugirió Lenel, sino más bien de otra que trataría de la obligación del magistrado municipal de publicar un anuncio con el nombre y los rasgos característicos del fugitivo, así como con el nombre del dueño (cfr. § 8a), con el fin de facilitar su búsqueda y captura.

Según Lenel, cuando Ulpiano, en D. 11,4,1,8a, utiliza la expresión *ad magistratus deferantur*, se está refiriendo al *praefectus vigilum* y al *praeses*, de los que habla en § 8. A mi modo de ver, sin embargo, todas las veces que a lo largo de este extenso fragmento Ulpiano utiliza la palabra *magistratus* lo hace para referirse a los magistrados municipales¹⁹¹. Por eso, en este párrafo, Ulpiano, como digo, trata del contenido de las *litterae* que los dueños de los fugitivos debían entregar a los magistrados municipales para que éstos hicieran una *proscriptio*¹⁹², con el fin de que *facilius adgnosci et per-*

191. Cfr. §§ 1, 2, 4, 6 y 8a, de D. 11,4,1.

192. Sobre esta *proscriptio* tenemos noticia en Ulpiano, D. 11,4,1,8a, cuyo final, como he dicho, LENEL, *EP.*³, p. 54 n. 8, considera itp. Ciertamente, el verbo

*cipi fugitivi possint*¹⁹³, y no, como piensa Lenel, del contenido del escrito que debía remitir el magistrado municipal al *praefectus vigilum* junto con los fugitivos capturados. Este era un acto posterior a la *proscriptio*.

Si los fugitivos, a pesar de la *proscriptio*, no eran reclamados por ningún dueño, el magistrado municipal debía ponerlos a disposición del *praefectus vigilum*¹⁹⁴. Aunque no tenemos datos en las fuentes, se puede conjeturar que el edicto impondría a los magistrados municipales un plazo de custodia interina de los fugitivos, a contar desde su captura. Una vez cumplido el plazo sin que hubiese reclamación por parte de los dueños, procedería el traslado de los fugitivos a Roma. Como en muchas ocasiones el número de fugitivos trasladados era elevado y los magistrados municipales disponían de poco personal subalterno, es probable que del traslado efectivo se responsabilizara el propio *praefectus vigilum*, que, avisado por el magistrado municipal, enviaría una escolta para recoger y llevar a Roma a los fugitivos.¹⁹⁵

Por las *Pauli Sententiae* sabemos que los fugitivos no reclamados eran vendidos, probablemente en pública subasta, *per officium praefecti vigilum*¹⁹⁶ y que, desde Marco Aurelio¹⁹⁷, el comprador de un fugitivo

proponas es sospechoso, pero, se trate o no de una itp., se observa que, ya Ulpiano ya los Compiladores, estaban pensando en una *proscriptio* municipal y no en una carta del magistrado municipal al *praefectus vigilum*.

193. Cfr. Ulpiano, D. 11,4,1,8a.

194. Cfr. PS. 1,6A,6, y Ulpiano, D. 11,4,1,8. En este texto, se refiere Ulpiano también a la posibilidad de conducir a los fugitivos capturados *ad praesidem*, lo que, sin lugar a dudas, no figuraba originariamente en el edicto, pues se trata de una ampliación del edicto a provincias; así también en PS. 1,6A,4, donde se dice que los magistrados municipales *ad officium praesidis provinciae vel proconsulis comprehensos fugitivos recte transmittunt*.

195. El verbo *transmittere* de PS. 1,6A,4 no es óbice para mantener esta hipótesis, pues *transmittere* significa "poner a disposición", lo que no implica necesariamente un traslado. Por otra parte, este texto se refiere a las provincias, no a Italia.

196. Cfr. PS. 1,6A,6.

197. Cfr. LEVY, *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law* (New York 1945) pp. 117-118, que

reivindicado por su dueño podía, en un plazo de tres años a partir de la venta, recuperar el precio reclamando al fisco.¹⁹⁸

El hecho de que el *praefectus vigilum* no aparezca hasta Augusto y de que el edicto *de fugitivis* sea muy probablemente anterior a él plantea el problema de qué magistrado figuraría en la primera versión edictal. En Roma, la función que, desde Augusto, desempeñaban los *praefecti vigilum* era realizada anteriormente por los ediles¹⁹⁹. Se podría pensar, por tanto, que a ellos se referiría el edicto. Ahora bien, como estos ediles urbanos no tenían competencias en los municipios itálicos, en éstos sería el propio magistrado municipal²⁰⁰ el responsable del traslado de los fugitivos hasta Roma. La venta, en cambio, de los fugitivos no reclamados por sus dueños sí correría a cargo de estos ediles urbanos.

Así, pues, en este edicto *de fugitivis* se concedía una acción *in factum* contra el magistrado municipal que por negligencia impedía o no facilitaba a los respectivos dueños la búsqueda y captura de los esclavos fugitivos en terrenos municipales. Actuaba negligentemente el magistrado municipal que omitía, por ejemplo, el anuncio público con los rasgos de los fugitivos; que negaba los recursos jurisdiccionales pertinentes para facilitar la captura de fugitivos —por ejemplo, unos interdictos para entrar en fincas en las que pudiesen hallarse—; o que no custodiaba con diligencia a los fugitivos capturados hasta su traslado a Roma.

relaciona este texto con el *edictum divi Marci* que conocemos por Inst. 2,6,14; cfr. también PRINGSHEIM, *Servus fugitivus sui furtum facit*, en *Festschrift F. Schulz* I (Weimar 1951) p. 293; y BELLEN, p. 13.

198. Cfr. PS. 1,6A,7.

199. Vid. DE MARTINO, *Storia* cit. IV, 1² (Napoli 1974) p. 655.

200. Cfr., aunque no sea conclusivo, PS. 1,6A,4, referido al traslado de esclavos en provincias.

B. DATACIÓN, UBICACIÓN EDICTAL Y PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN

Como el edicto *de fugitivis* fue conocido por Labeón, del que habla en el primer libro de su comentario *ad edictum*²⁰¹, y muy posiblemente su finalidad no fue sino la de desarrollar la ley Fabia, es posible que fuese incorporado al *album*, como tantos otros edictos, en el siglo I a.C., en el período comprendido entre la promulgación de la ley Fabia y el comentario *ad edictum* de Labeón.²⁰²

La ubicación del edicto sobre los fugitivos que hicieron Rudorff y Lenel en sus respectivas reconstrucciones, me parece correcta, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista de su contenido. Formalmente, porque, si este edicto fue comentado en el libro primero del comentario de Ulpiano, tuvo que estar situado con anterioridad al edicto de competencia jurisdiccional, cuyo comentario comenzaba en el libro 2 de Ulpiano *ad edictum*. A su vez, por su propio contenido, me parece adecuada su ubicación tras el llamado edicto de la *cautio damni infecti* municipal, en el que también se concede una acción contra el magistrado municipal negligente que incumple un deber edictal. Además, el edicto sobre los fugitivos es un edicto

201. Labeón-Ulpiano, D. 11,4,1,5; y Labeón-Ulpiano, D. 21,1,17,12-14.

202. La datación de la vida de Labeón, desgraciadamente, es muy insegura. De todas formas, siguen siendo válidas las apreciaciones de PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit* I (Halle 1873) pp. 7-14 y 55-60. En p. 13, fecha este autor la muerte de Labeón entre el 15 y el 20 d.C. Existe, sin embargo, cierta tendencia a adelantarla; cfr. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*² (Graz-Wien-Köln 1967) p. 114, que sitúa su muerte entre el 10 y el 21 d.C.; y DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *Römische Rechtsgeschichte*⁸ (München 1989) p. 253, que la fechan entre el 5 y el 22 d.C. Sobre el comentario *ad edictum* de Labeón, vid. ahora BRETONNE, *Labeone e l'Editto*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 5(1993)19-39, especialmente pp. 24-35.

principalmente municipal, pues los esclavos fugitivos tenderían a refugiarse en todo caso *extra Urbem Romae*.

A continuación, propongo un intento de reconstrucción del edicto sobre los fugitivos, a la luz de los datos que nos aporta Ulpiano, en D. 11,4,1,3-8a²⁰³:

SERVORUM FUGITIVORUM NOMINA²⁰⁴, NOTAE²⁰⁵ ET CUIUS SE
QUIS ESSE DICAT²⁰⁶ MAGISTRATUS MUNICIPALES PROPOSITA
PROSCRIPTAE²⁰⁷ HABEANT, ET POTESTATEM SERVOS FUGITI-
VOS INQUIRENDI ET PERCIPIENDI EI DENT. SERVOS FUGI-
TIVOS²⁰⁸ IN PUBLICUM DEDUCTOS²⁰⁹ MAGISTRATUS DILI-
GENTER CUSTODIAN²¹⁰. SI A DOMINO NON AGNOSCUN-
TUR²¹¹ ID IN ... DIEBUS PROXIMIS²¹² AD PRAEFECTUM VIGI-
LUM²¹³ DEDUCI²¹⁴ OPORTEBIT. IN EOS MAGISTRATUS QUI ITA NON
FECERINT I.D.²¹⁵

203. Sobre el significado de los distintos tipos de letras, vid. n. 58.

204. Cfr. Ulpiano, D. 11,4,1,8a.

205. Cfr. Ulpiano, D. 11,4,1,8a.

206. Cfr. Ulpiano, D. 11,4,1,8a.

207. Cfr. *lex Irnitana*, cap. 85, lín. 37.

208. Cfr. Ulpiano, D. 11,4,1,5.

209. Cfr. Ulpiano, D. 11,4,1,6.

210. Cfr. Ulpiano, D. 11,4,1,7-8.

211. Cfr. PS. 1,6A,6.

212. Cfr. Ulpiano, D. 11,4,1,1, por analogía con nuestro texto.

213. Cfr. PS. 1,6A,6, y Ulpiano, D. 11,4,1,8. Antes de Augusto: *AD ME*.

214. Cfr. Ulpiano, D. 11,4,1,8.

215. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,6 (*FIRA*. II, p. 456): I.D.: *Iudicium dabo*.

IV. EL EDICTO DE “RETORSIÓN”

El edicto de retorsión es, sin duda alguna, uno de los edictos más controvertidos del *album*, pues su contenido no deja de ser algo extravagante y atípico: la aplicación de una especie de ley del talión contra aquellos magistrados que disponían un *ius novum* o aquellos particulares que de él se beneficiaban. De no haber existido referencias en las fuentes sobre el edicto de retorsión, difícilmente habríamos podido imaginar su existencia. Aunque su contenido haya sido sometido a revisión²¹⁶, son todavía muchos los problemas sin resolver. Comenzaremos planteando el de la datación, pues de ella dependen interesantes consecuencias.

A. DATACIÓN

De gran interés para la datación del edicto de retorsión es una carta de Cicerón a su hermano Quinto, del año 60 o 59 a.C., donde le habla de un pretor Octavio que supo armonizar magistralmente su natural bondad con su severidad. Como prueba de su *severitas*, menciona Cicerón dos actuaciones: *Cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerant reddere; qui in magistratibus iniuriouse*

216. Vid. LÉVY-BRUHL, *Une application originale du talion en matière de procédure civile: l'édit: Quod quisque iuris...*, en *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil II* (Paris 1926) pp. 65-80; y GENZMER, *Talion im klassischen und nachklassischen Recht? Erwägungen über Ursprung und Grundgedanken des Edikts "Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur"*, en *SZ.* 62(1942)122-142.

*decreverant, eodem ipsis privatis erat iure parendum*²¹⁷. Esta segunda actuación se refiere evidentemente a nuestro edicto de retorsión.

Según Schulz²¹⁸, Genzmer²¹⁹, Pugliese²²⁰, Kaser²²¹ y Palazzolo²²², este pretor Octavio sería C. Octavius²²³, padre de Augusto, que ocupó la pretura el año 61 a.C. A él se podría, pues, atribuir el edicto de retorsión.

Otros autores, como Constans²²⁴, Metro²²⁵, Balzarini²²⁶, Kupisch²²⁷ o Albanese²²⁸ opinan que este pretor fue Cn. Octavius²²⁹, del año 79 a.C., que incorporó al Edicto la *actio quod metus causa*, llamada por Cicerón fórmula Octaviana.²³⁰

217. Cicerón, *Ad Quintum fratrem* 1,1,7,21.

218. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, en SZ. 43(1922)217-218.

219. GENZMER, pp. 135-137.

220. PUGLIESE, *Processo*, pp. 177-178.

221. KASER, ZPR., p. 176 n. 40.

222. PALAZZOLO, *L'edictum "de albo corrupto" e il problema della pubblicità delle norme edituali in età postadrianea*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo VII* (Milano 1987) p. 601 n. 28.

223. Así figura en la edición de "Oxford", cuidada por WATT (Oxford 1958) p. 28; en la de "Teubner", cuidada por SHACKLETON-BAILEY (Stuttgart 1988) p. 11; y en la de "Mondadori" (Roma 1989), a cargo de SALVATORE.

224. CONSTANS, Cicerón. *Correspondance I* (Les Belles Lettres, Paris 1962) pp. 288-289.

225. METRO, *La "lex Cornelia de iurisdictione" alla luce di Dio Cass. 36, 40, I-2*, en IVRA 20(1969)521.

226. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano* (Padova 1969) pp. 144-145.

227. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht* (Berlin-New York 1974) p. 158.

228. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano* (Palermo 1978) pp. 165-166 n. 22.

229. Así figura, por ejemplo, en la edición de "Les Belles Lettres", cuidada por CONSTANS (Paris 1962) p. 208; y en la de "Heimeran Verlag", cuidada por KASTEN (München 1965), que siguen en este punto el Código Mediceus 49, 18 y los códigos itálicos.

230. Cfr. Cicerón, *II In C. Verrem* 3,65,152. Muchos autores han considerado que la fórmula Octaviana fue introducida por L. Octavius, pretor el 78 a.C. y cónsul el

A favor de C. Octavius, está el argumento de Schulz²³¹ de que, como Cicerón utiliza en ese texto el adverbio “*nuper*” para referirse a Octavio y la carta es del año 60 o 59 a.C., hay que pensar que se estaría refiriendo al pretor del año 61 a.C., más próximo en el tiempo. Sin embargo, como bien ha observado Balzarini, el adverbio “*nuper*”, en las fuentes latinas, abarca, en ocasiones, períodos amplios, por lo que podría también referirse al pretor del año 79 a.C.²³²

Teniendo en cuenta: a) que es más lógico que las medidas contra los *homines Sullani* las tomara un pretor del 79 a.C. —inmediatamente posterior a la dictadura de Sila— que un pretor del 61 a.C.²³³; b) la importancia del código Mediceus, donde figura Cn. Octavius²³⁴; c) que Cicerón, como bien observó Kupisch²³⁵, era amigo de Cn. Octavius²³⁶, lo que explica que todavía recordase su pretura veinte años

75 a.C.; cfr. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*⁵ (Paris 1911) p. 417 n. 4; COSTA, *Cicerone Giureconsulto* I (ed. anastatica Roma 1964) pp. 151-152; BROUGHTON *The Magistrates* II cit., p. 86. Las razones a favor del pretor del 79 a.C. apuntadas por BALZARINI son definitivas (cfr. *Danno violento* cit., pp. 144-145 n. 175).

231. Cfr. SCHULZ, art. cit., en SZ. 43(1922)218.

232. Cfr. BALZARINI, *Danno violento* cit., pp. 144-145 n. 175. METRO, art. cit., en IVRA 20(1969)521 n. 95, cita como ejemplo dos *orationes* del año 70 a.C. (*II In C. Verrem* 2,47,118, y *Divinatio in Q. Caecilium* 20,67) en las que Cicerón utiliza el adverbio “*nuper*” para referirse a una acusación de Cn. Domitius a M. Silanus, que tuvo lugar el año 104 a.C.: ... *nuper homo clarissimus, Cn. Domitius, qui M. Silanum, consularem hominem, accusavit propter Aegritomari Transalpini hospitis iniurias* (Cicerón, *II In C. Verrem* 2,47,118).

233. Vid. BALZARINI, *Danno violento* cit., p. 145; y METRO, art. cit., en IVRA 20(1969)521.

234. Vid. SHACKLETON-BAILEY, *M. Tullius Cicero. Epistulae ad Quintum fratrem* (Teubner, Stuttgart 1988) pp. V y 11; sin embargo, como he dicho, este autor prefiere C. Octavius.

235. KUPISCH, *In integrum restitutio* cit., pp. 158 y 166-167. Según Kupisch, esta amistad podría explicar que Cicerón, en *II In C. Verrem* 3,65,152, se refiera a la *actio quod metus causa* con el nombre de *formula Octaviana*.

236. Cicerón, *De finibus bonorum et malorum* 2,28,93: *quo optimum atque humanissimum virum, Cn. Octavium, Marci filium, familiarem meum*.

después; d) que existe una cierta relación entre el edicto sobre el *metus*²³⁷ y el edicto de retorsión, ya que ambos reprimen conductas abusivas, me inclino a pensar que fue Cn. Octavius –pretor el 79 a.C. y cónsul el 76 a.C.²³⁸– el creador del edicto de retorsión.

El hecho de adelantar el edicto de retorsión al año 79 a.C. no es intrascendente, pues esto supone anteponerlo a la *lex Cornelia de edictis praetorum* –también llamada *de iurisdictione*– del 67 a.C. De naturaleza y vigencia muy controvertida²³⁹, este plebiscito dispuso *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*²⁴⁰. El edicto de retorsión, por tanto, más que una concreción de este plebiscito, como han sugerido los que lo datan el 61 a.C., fue un precedente.

237. Cfr. D'ORS, *El comentario de Ulpiano a los edictos del "metus"*, en *AHDE*. 51(1981)223-290.

238. Vid. SAMUEL, *Chronology* cit., p. 265.

239. Sobre este plebiscito, cuya interpretación es definitiva a la hora de tomar postura sobre los orígenes del Edicto Perpetuo, vid. las distintas opiniones de METRO, art. cit., en *IVRA* 20(1969)500-524; GIOMARO, *Per lo studio della lex Cornelia de edictis del 67 a.C.: La personalità del tribuno proponente Gaio Publio Cornelio*, en *Studi Urbinati* 27(1974-75)269-325; GUARINO, *La formazione dell'editto perpetuo*, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II,13 (Berlin-New York 1980) pp. 70-72; MANCUSO, *Praetoris edicta. Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività editale del pretore in età repubblicana*, en *AUPA*. 37(1983)397-402; PALAZZOLO, *La "propositio in albo" degli "edicta perpetua" e il "plebiscitum Cornelianum" del 67 a.C.*, en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* V (Napoli 1984) pp. 2427-2448; PINNA PARGAGLIA, *Per una interpretazione della "lex Cornelia de edictis praetorum" del 67 a.C.* (Sassari 1987); WIEACKER, *RRG*. I, p. 463. Un *status quaestionis* bastante exhaustivo ofrece ahora MARTINI, *"Causae cognitio" pretoria e "lex Cornelia de iurisdictione"*, en *Praesidia libertatis* (Napoli 1994) pp. 229-244.

240. Asconio, *Pro Cornelio de maiestate* 52. Cfr. también la referencia de Dion Casio 36,40,1.

B. COMENTARIO DEL EDICTO

El contenido del edicto lo conocemos por la paráfrasis que de él nos ofrece Ulpiano, D. 2,2,1,²⁴¹:

Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem iure uti debet. Si quis²⁴² apud eum, qui magistratum potestatemque²⁴³ habebit, aliquid novi iuris optinuerit, quandoque postea adversario eius postulante eodem iure adversus eum decernetur...

Para hacernos una idea más cabal de su contenido, hay que traer a colación una excepción a este principio general recogida en Gayo, D. 2,2,4: *praeterquam si quis eorum <quid>²⁴⁴ contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset*. La finalidad de esta excepción era evitar una sucesión incontrolada de retorsiones. Si Ticio, por ejemplo, consiguió injustamente del magistrado una *denegatio exceptionis doli*, no podrá, en virtud del edicto de retorsión, interponer una excepción de dolo frente a Cayo, a no ser que éste también haya conseguido injustamente de un magistrado el mismo expediente, en cuyo caso quedan neutralizadas las injusticias.

241. En pr. de D. 2,2,1, formula Ulpiano una pregunta retórica sobre la justicia de este edicto: *quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit?* Según BESELER, *Beiträge* I, p. 47, estaría interpolada la secuencia [*et sine ... effecit*]; pero GENZMER, p. 132, advierte, con razón, que “der Gedankeninhalt könnte ... auch von Ulpian stammen”; cfr. en este mismo sentido, DE MARTINO, *La giurisdizione*, p. 151 n. 3.

242. En la Florentina 38 r. (ed. Corbino-Santalucia, Firenze 1988), se lee “*quid*”, pero con razón MOMMSEN, *editio maior* I, p. 42, cambió la “*d*” por una “*s*”.

243. *Potestatemve* más posible, como aparece en los Códigos Parisinus, Vaticanus y Lipsiensis Univ. (cfr. KRÜGER, *Digesta*, p. 47).

244. Como bien señala LENEL, *EP*.³, p. 58 n. 6, la intercalación de este pronombre es imprescindible para la recta comprensión del texto.

Las dos preguntas más importantes que debemos formularnos sobre este extraño edicto llamado de retorsión son las siguientes: ¿Cómo es posible que un pretor haya podido incorporar al *album* un edicto que penalice sus propios excesos jurisdiccionales? y ¿qué significa *statuere ius novum*?

1. La expresión “*qui iurisdictioni praeest*”

Es doctrina comúnmente aceptada²⁴⁵ que la razón de ser de este edicto de retorsión fue la de autolimitar la jurisdicción del propio pretor, aunque también podía aplicarse a otros magistrados.

En contra de la opinión mayoritaria, me inclino a pensar que el edicto de retorsión estaba principalmente destinado a los magistrados municipales, si bien es cierto que, con el paso del tiempo, pudo extenderse a otras magistraturas, e incluso a sus *adsestores*²⁴⁶. Que el

245. Cfr., por citar algunos ejemplos, LÉVY-BRUHL, art. cit., en *Mélanges Cornil* II cit., pp. 68-69; GENZMER, p. 138; MANCUSO, art. cit., en *AUPA*. 37(1983)400 n. 57; PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo* VII cit., p. 601 n. 28.

246. Cfr. Paulo, D. 2,2,2. Que originariamente mencionara este edicto a los asesores, es del todo improbable, ya que no parece desprenderse de las fuentes que los magistrados municipales los tuvieran. Papiniano, en D. 1,22,6, nos habla de la existencia, en una organización municipal más avanzada, del *consilium curatoris rei publicae*, cuyos miembros, a diferencia del resto de los asesores (cfr. Paulo, D. 1,22,1), no recibían remuneración alguna. Este *curator rei publicae*, creado por Trajano, no era sino un comisario del emperador encargado de vigilar las finanzas en las ciudades. No consta, sin embargo, que los asesores del *curator* lo fueran también del magistrado municipal; cfr. HEUMANN-SECKEL, p. 115. La extensión del edicto de retorsión a provincias, donde sí había asesores que ayudaban a los gobernadores en el desempeño de sus labores jurídicas, explica que Paulo trate de ellos en su comentario. Sobre *adsestores*, vid. KASER, *ZPR.*, pp. 440-441; BEHREND, *Der assessor zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft*, en *SZ*. 86(1969)192-226. Este autor ve en Paulo, D. 2,2,2, y en Séneca, *De tranquillitate animi* 3,4 (... *qui inter peregrinos et cives aut urbanus praetor adeuntibus adsestoris verba pronuntiat*...) un apoyo para afirmar la participación de los asesores en el *ordo iudiciorum privatorum* (p. 203).

pretor limitara la actividad jurisdiccional de los magistrados municipales, a los que les delegaba competencias, no es extraño. Pero qué extraño resulta pensar que el propio pretor se autolimitara jurisdiccionalmente imponiéndose a sí mismo el edicto de retorsión.

La municipalidad de este edicto explicaría precisamente su convivencia con la *lex Cornelia de iurisdictione*, que no abarcó el ámbito municipal²⁴⁷. En efecto, lo que buscó el pretor Octavio con la incorporación de este edicto fue restringir los abusos jurisdiccionales de los magistrados municipales y no castigar *a posteriori* los abusos que los pretores pudieran cometer en el ejercicio de su jurisdicción. Quizá la razón que llevó a Lenel a no ver el carácter esencialmente municipal de este edicto fue el haber dividido en dos títulos –*De his, qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt* y *De iurisdictione*– el primer título edictal y el haber adjudicado el edicto de retorsión al segundo título²⁴⁸. Esta limitación impuesta a los magistrados municipales por el pretor fue luego extendida a este último por la *lex Cornelia de edictis praetorum* del 67 a.C.

El apoyo textual más importante para afirmar el carácter municipal de este edicto es el § 2 de D. 2,2,1:

Haec autem verba: ‘quod statuerit qui iurisdictioni praeest’ cum effectum accipimus, non verbo tenus...

El hecho de que la expresión típicamente municipal “*qui iurisdictioni praeest*” vaya precedida por las palabras “*haec autem verba*” significa que se trata de una frase edictal que Ulpiano está transcribiendo.

247. Así parece desprenderse de Asconio, *Pro Cornelio de maiestate* 52 y de Dion Cas. 1. Este último, aunque no habla expresamente del *ius edicendi*, emplea un giro que viene a significar lo mismo: “declarar anticipadamente los derechos que se van a usar”.

248. Vid. LENEL, *EP.*³, p. XVI. Sobre este tema, DOMINGO, *Estudios* I, pp. 19-31.

Lenel, sin embargo, consideró que *qui iurisdictioni praeest* no podía ser edictal, porque el tiempo verbal típico del Edicto era *praeerit* y no *praeest*²⁴⁹. No me parece acertado este argumento leneliano, ya que: a) en ocasiones, cita Ulpiano textos edictales alterando los tiempos verbales²⁵⁰; b) para designar a los magistrados municipales eran frecuentes en el Edicto las siglas I.D.P.E.²⁵¹, donde la “E” podía referirse tanto a ERIT como a EST; c) en la línea 35 del capítulo 25 de la *lex Irnitana*, se utiliza también el presente “*praesunt*” y no el futuro²⁵²; d) por último, hay que señalar que tanto Mommsen²⁵³ como Krüger²⁵⁴ consideran también edictal toda la secuencia *quod statuerit qui iurisdictioni praeest*, y no sólo las palabras *quod statuerit*, como opina Lenel.

Sí sería, en cambio, para Lenel, edictal la expresión *qui magistratum potestatemve habebit*²⁵⁵, pues Ulpiano, en D. 2,2,1,1, la repite en dos ocasiones. Que esta expresión figurase en el edicto de retorsión junto con la frase *qui iurisdictioni praeest*, es probable. Pero esto no contradice la hipótesis de la municipalidad del edicto de retorsión, ya que la expresión *magistratus potestasve*, aunque utilizada en época severiana *lato sensu*²⁵⁶, en sus orígenes se refería a temas municipales, como parece desprenderse de la Tabla de Heraclea.²⁵⁷

249. LENEL, *Palingenesia* II, c. 428 § 218; y EP.³, p. 59 n. 2. El propio Lenel utiliza para rubricar el título I del Edicto *praesunt* y no *praeerunt* (cfr. LENEL, EP.³, p. XVI).

250. Así, por ejemplo, en Ulpiano, D. 39,2,4,7, que el propio LENEL considera edictal (EP.³, p. 53), modifica “*dabo*” por “*datur*”: *in eum, qui quid eorum quae supra scripta sunt non curaverit, quanti ea res est ... iudicium datur*; cfr. también Ulpiano, D. 2,1,7pr., a propósito del edicto de *albo corrupto*.

251. I.D.P.E.: *Iure dicundo praeerit*, según Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,1 (FIRA. II, p. 456).

252. En la línea 31 del cap. 25 de la *lex Irnitana*, se lee *praesint*.

253. MOMMSEN, *editio maior* I, p. 42.

254. KRÜGER, *Digesta*, p. 47.

255. LENEL, EP.³, p. 59.

256. Macer, D. 48,2,8; Marciano, D. 48,4,3, y D. 48,11,1pr.; Ulpiano, D. 1,5,20, y D. 4,8,33.

257. Cfr. *Tabula Heracleensis*, lín. 84, 133, 140 y 143 (FIRA. I, pp. 147, 150 y 151).

Una prueba que aportan Genzmer y Behrends a favor de la literalidad de esta expresión es que Ulpiano haya mantenido el futuro imperfecto *habebit*²⁵⁸, cuando el tiempo más correcto hubiese sido el perfecto de subjuntivo *habuerit*²⁵⁹. La utilización del futuro, sin embargo, también puede deberse, más que a la literalidad, a que se trataba de una expresión jurídica así acuñada.

2. “*Ius novum statuere*”

La segunda cuestión que debemos plantearnos es la del alcance de la expresión *ius novum statuere*.

“El adjetivo *novum* —observa d’Ors— tenía cierto matiz peyorativo, como suele tenerlo en el latín literario, por ejemplo en el de Cicerón²⁶⁰, que considera todo lo nuevo como algo insólito y que debe ser recibido con reserva, cuando no como perturbadora ruptura de la sana tradición de los antepasados, de los *mores maiorum*”.²⁶¹

Como ejemplo de este sentido peyorativo, se puede referir la anécdota que cuenta Tácito²⁶² de que, para evadir un antiguo senadoconsulto que prohibía interrogar con tormento a los esclavos de los acusados, Tiberio —*callidus et novi iuris repertor*— mandó vender los esclavos de Libón a un agente del fisco, a fin de que pudieran testimoniar contra su antiguo dueño.

258. En la *Tabula Heracleensis*, aparece siempre esta expresión con un tiempo verbal futuro: *habebunt* (lín. 84), *habebit* (lín. 133 y 143) y *habeto* (lín. 140) (*FIRA*. I, pp. 147, 150 y 151).

259. Así opinan GENZMER, p. 134; y BEHREND, art. cit., en *SZ*. 86(1969)202 n. 48.

260. Cfr. Cicerón, *II In C. Verrem* 1,52,137: *nova iura, nova decreta, nova iudicia petebantur*.

261. D’ORS, *La formación del “ius novum” en la época tardo-clásica*, en *Nuevos papeles del oficio universitario* (Madrid 1980) p. 228.

262. Tácito, *Annales* 2,30.

Como fue ya advertido por Lévy-Bruhl²⁶³, en el edicto de retorsión *novum* es sinónimo de *iniquum*. Así parece desprenderse de D. 2,2,1,1 en relación con D. 2,2,3pr., donde Ulpiano expresa la misma idea pero con distintas palabras²⁶⁴: *si quis ... aliquid novi iuris optinuerit* y *si quis iniquum ius ... impetravit*, respectivamente.

Más problemático es el alcance del verbo *statuere*. Según Lévy-Bruhl²⁶⁵, el término *statuere* se refiere exclusivamente a la función jurisdiccional decretal del pretor, pues, para castigar los abusos edictales, ya estaba la ley Cornelia sobre la jurisdicción. Para Genzmer²⁶⁶, *statuere* se refiere a la actividad decretal que, no prevista o prevista de otro modo en el Edicto, no podía ser considerada como procedente por ser injusta.

Más general en sus apreciaciones es Daube²⁶⁷, que considera que *statuere* se refiere a un “unkorrektes Verfahren”. En esta misma línea, Pugliese opina que esta expresión haría referencia a un procedimiento “non previsto nè dal *ius civile* nè dall’editto”.²⁶⁸

Para Metro²⁶⁹, *ius novum statuere* comprendería los decretos que él llama *praeter edictum* y los decretos *contra edictum*. Tras la promulgación de la *lex Cornelia* en el año 67 a.C., el edicto de retorsión, según este autor, quedaría reservado exclusivamente para los decretos

263. LÉVY-BRUHL, art. cit., en *Mélanges Cornil II* cit., p. 69.

264. Cfr. LENEL, *Palingenesia II*, c. 428 n. 1, donde este autor señala que en D. 2,2,3pr. se están comentando las palabras edictales transcritas en D. 2,2,1,1.

265. LÉVY-BRUHL, art. cit., en *Mélanges Cornil II* cit., pp. 70-71.

266. GENZMER, p. 138.

267. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, en *SZ.* 76 (1959)190.

268. PUGLIESE, *Processo*, p. 179.

269. METRO, art. cit., en *IVRA* 20(1969)522 n. 102 y 523. Para avalar su argumento de restringir la aplicación del edicto de retorsión a la actividad decretal, se apoya Metro en Ulpiano, D. 2,2,1,1 (*eodem iure adversus eum decernetur*); Ulpiano, D. 2,2,1,2 (*nec effectum decretum habuit*), y en Cicerón, *Ad Quintum fratrem* 1,1,7,21 (*iniuriöse decreverant*).

praeter edictum. Mancuso²⁷⁰ considera que el verbo *statuere* tiene un sentido más amplio que decretar, por lo que comprendería también la función edictal. Por último, Palazzolo, aunque considera con Metro que el edicto de retorsión se refería sobre todo a actividades decretales pretorias, no descarta una “ingiustificata modifica delle disposizioni edittali in corso d’anno”.²⁷¹

Mi opinión viene en cierta manera determinada por mi afirmación anterior de que el edicto de retorsión constituía un límite de la actividad jurisdiccional de los magistrados municipales. En efecto, como los magistrados municipales no tenían el *ius edicendi*²⁷², no cabe pensar que este edicto se pudiera referir también a una función edictal, de la que las fuentes nada dicen. Por otra parte, el hecho de que en la paráfrasis que se hace del edicto en D. 2,2,1,1, Ulpiano emplee el verbo *decernetur*, me parece un argumento suficiente para excluir de este edicto la función edictal.

Así, pues, en contra de Metro²⁷³, pienso que la entrada en vigor de la *lex Cornelia de iurisdictione* el año 67 a.C. no vino a modificar el régimen del edicto de retorsión, pues su ámbito de aplicación era distinto. En efecto, en tanto la finalidad del plebiscito Cornelio era limitar los abusos del pretor en el ejercicio de su *ius edicendi*, la del edicto de retorsión consistía en limitar los abusos del magistrado municipal en su función decretal.

A mi entender, *statuere ius novum* vendría a significar *decernere contra edictum*. Ahora bien, si la expresión *contra edictum* se utiliza profusamente en las fuentes jurídicas²⁷⁴, e incluso por Gayo 4,46

270. MANCUSO, art. cit., en AUPA. 37(1983)400 n. 57.

271. PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo VII* cit., p. 601 n. 29.

272. Así se desprende del cap. 85 de la *lex Irnitana*, donde, por extensión de la ley municipal itálica, se dice que en los municipios debía haber una copia del edicto (del gobernador). Sobre este tema, vid. D'ORS, *Nuevos datos de la ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, en SDHI. 49(1983)25-26; y LFM., pp. 172-173.

273. METRO, art. cit., en IVRA 20(1969)521.

274. Cfr. Ulpiano, D. 2,4,12; Ulpiano, D. 2,14,31; Paulo, D. 2,7,2pr.; Ulpiano, D. 39,1,5,4; Papiniano, D. 39,1,18; Marcelo, D. 39,1,22; Ulpiano, D. 44,7,25,1; Gayo,

sabemos que esta expresión se encontraba en el título edictal *De in ius vocando*²⁷⁵, ¿por qué el edicto utilizó esta expresión tan poco técnica de *statuere ius novum*?²⁷⁶ La única razón que se me ocurre es porque quizá con la expresión *ius novum* el pretor se quería referir, no sólo al Edicto, sino al *album* completo, que, aunque su mayor parte era ocupada por el Edicto, contenía también otros expedientes procesales extra-edictales, como fórmulas, excepciones, interdictos, estipulaciones, etc.²⁷⁷

En D. 2,2,1,2, Ulpiano advierte que, para que se pueda aplicar contra el magistrado municipal el edicto de retorsión, éste debía *statuere cum effectum*, por lo que quedaban excluidos todos los decretos magistradales que no hubieran entrado en vigor por interposición del veto del colega, por ser dados por magistrados incompetentes²⁷⁸, etc.

4,165. También es frecuente la expresión *adversus edictum*: Gayo, D. 29,5,25,2; Ulpiano, D. 39,1,16; Javoleno, D. 39,1,23; Juliano, D. 43,8,7; Ulpiano, D. 50,17,102 pr.; Gayo, 4,141; Gayo, 4,166. En la Florentina 38 v. (ed. Corbino-Santalucia, Firenze 1988) en Ulpiano, D. 2,2,3, aparece la expresión *si quis iniquum ad edictum ius*. Este *ad edictum* no puede tratarse de una ditografía de la *inscriptio Ulpianus libro tertio ad edictum*, pues esta *inscriptio*, colocada *supra columnam*, fue transcrita por el escriba con posterioridad al texto de D. 2,2,3, con el fin de autocorregirse, ya que esta misma *inscriptio* había sido comenzada a ser transcrita por el escriba, sin las palabras *ad edictum*, antes de acabar de copiar Paulo, D. 2,2,2; de ahí que aparezca entre paréntesis (cfr. *Codex Florentinus* 38 r.).

275. Gayo 4,46: *contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse*.

276. Podría pensarse que la expresión *ius novum* no estaba en el edicto, y que fue Ulpiano quien la introdujo en su comentario *ad edictum*. Sin embargo, habida cuenta de que Ulpiano emplea esta expresión con un sentido impropio de su época, en la que el *ius novum* era el formado por las constituciones imperiales, me inclino a pensar que se trata de una expresión edictal.

277. Cfr. p. 89 nn. 332 y 333, donde trato este tema.

278. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, en *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento* IV (Milano 1930) p. 72; y GENZMER, p. 140, consideran que la secuencia [*et ideo si ... putamus*] de D. 2,2,1,2 está interpolada. El argumento que aducen es que Ulpiano no podría utilizar la palabra *sententia*, pues es impropia de la fase *in ius* del proceso formulario. En mi opinión, de esta secuencia sólo estarían interpoladas las palabras [*nec est ulla sententia*]. También me parece que está interpolada la pregunta retórica [*quid enim offuit conatus ... effectum?*], pues la palabra *conatus* es la única vez que aparece en el Digesto; cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* I (Berlin 1903) c. 859.

Genzmer²⁷⁹ opina que es muy discutible que la aplicación del edicto de retorsión pudiera quedar condicionada al *cum effectu*. No advierte este autor que los límites edictales solían ser materiales, fácilmente comprobables, y esto es precisamente lo que se quería garantizar con el hecho de que se debiera *statuere cum effectu*. Un ejemplo muy próximo de cuanto digo lo tenemos en el edicto por desacato al decreto del magistrado municipal, que exigía la existencia de un decreto magistradual previo para poder ejercitar la acción por desacato.²⁸⁰

Con fundamento, empalma Lenel, en su *Palingenesia*²⁸¹, D. 48,19,18 al § 2 de D. 2,2,1. Se trata de un breve texto de Ulpiano, tomado también del libro 3 *ad edictum*, en el que este autor recuerda que *cogitationis poenam nemo patitur*.²⁸²

3. La aplicación del edicto de retorsión a los particulares

En el fragmento 3 de D. 2,2, Ulpiano se refiere a la aplicación del edicto de retorsión a los particulares que se benefician del *ius novum*. *Conditio sine qua non* para la aplicación de este edicto es que el particular haya obtenido del magistrado un *ius novum* que él mismo haya solicitado.

Se incurre en el edicto de retorsión desde el momento de la obtención del decreto injusto, aunque luego éste no se ejecute. Así, por ejemplo, si un magistrado municipal, a petición del demandante, dicta un decreto de *vadimonium Romam* en el que impone un plazo de

279. GENZMER, p. 140.

280. Vid. DOMINGO, *Estudios I*, pp. 61-66.

281. LENEL, *Palingenesia* II, c. 428. Así lo vieron también KRÜGER, *Digesta*, pp. 47 n. 17, y 867 n. 6; y DAUBE, art. cit., en SZ. 76(1959)190-191.

282. Esta misma idea, aplicada al hurto, se encuentra en Paulo, D. 47,2,1,1. Sobre esta expresión, vid. GLÖCKNER, "*Cogitationis poenam nemo patitur*" (D. 48,19,18). *Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren* (Frankfurt 1989).

comparecencia inferior al previsto en el edicto (*itinere faciendo viginti milia passuum in dies singulos peragenda*²⁸³), tanto al magistrado como al beneficiario se les podrá aplicar la retorsión edictal a partir de la fecha del decreto, sin necesidad de esperar a que tenga o no lugar la comparecencia ante el pretor urbano en el plazo señalado *contra edictum*.

Pueden también incurrir en el edicto de retorsión los tutores, los curadores de locos y menores, el *procurator in rem suam*²⁸⁴ y el fiador²⁸⁵; no el padre del magistrado *in potestate* que hubiera incorporado un *ius novum* durante su magistratura.²⁸⁶

4. La sanción edictal

Según Ulpiano, la sanción correspondiente al magistrado que creaba un *ius novum* o al particular que de él se beneficiaba consistía

283. Ulpiano, D. 50,16,3pr. Vid. DOMINGO, *Estudios* II, pp. 54-64.

284. Ulpiano, D. 2,2,3,1.

285. Ulpiano, D. 2,2,3,3. En este párrafo se plantean dos hipótesis: a) si el deudor principal consigue un decreto injusto de *denegatio exceptionis*, no sólo éste, sino también el fiador, estará sometido al edicto; b) si es el fiador quien anteriormente consiguió *in rem suam* el *ius novum*, sólo quedará él sometido al edicto, y no el deudor principal. Al fiador se le denegará la *actio mandati contraria*, por pagar antes de tiempo. Pero si el deudor principal paga voluntariamente, no podrá ejercitar la *condictio indebiti*; así debe entenderse Ulpiano, D. 2,2,3,7: *superesse enim naturalem causam, quae inhibet repetitionem*. Por ejemplo: Ticio debe a Cayo 1.000 sestercios, afianzados por Sempronio. Por su parte, Marco debe 500 sestercios a Ticio, y Publio 700 a Sempronio. Si Sempronio, fiador, reclama intempestivamente a Publio los 700 sestercios que le debe y consigue injustamente del magistrado municipal la *denegatio exceptionis* de dolo, Cayo podrá reclamar a Sempronio también intempestivamente, en virtud del edicto de retorsión, pero no a Ticio, que podrá interponer la excepción de dolo, pues el injusto comportamiento de un fiador en sus propios negocios no puede alterar la relación jurídica entre el acreedor y el deudor principal; sí, viceversa, si Ticio reclama intempestivamente a Marco y consigue que se le deniegue la excepción de dolo, Cayo podrá reclamar también intempestivamente tanto contra el deudor principal como contra el fiador.

286. Ulpiano, D. 2,2,3,4.

en la aplicación de ese mismo *ius novum*, cuando se presentaba la oportunidad: *eodem iure uti debet*²⁸⁷. A esto se le uniría la excepción que conocemos por Gayo²⁸⁸, que imposibilita a los que incurren en este edicto acogerse a él en pleitos frente a terceros que también hayan conseguido del magistrado municipal un *ius iniquum*.

Aquí el término *ius* parece utilizarse en el sentido de acción²⁸⁹. La sanción, por tanto, de este edicto consistiría principalmente en dar o denegar una acción o una excepción²⁹⁰. No debemos excluir, sin embargo, que el efecto retorsivo de este edicto fuese más amplio, como, por ejemplo, en el supuesto mencionado de que el magistrado altere el cómputo del *vadimonium Romam*, o los plazos de las acciones.

Por D. 2,2,3,2, sabemos del carácter “popular” de la sanción, en el sentido de que la retorsión no la debía solicitar necesariamente el litigante perjudicado en la contienda donde se decretó *contra edictum*, sino que podía pedirla cualquier particular, siempre y cuando se tratara de un asunto similar. Por tanto, la *ratio essendi* de este edicto no era la de compensar la injusticia a la parte perjudicada por el decreto injusto, sino más bien la de castigar tanto al magistrado, con los mismos instrumentos jurisdiccionales con los que él actuó *contra edictum*, como al particular que resultó por ello favorecido. Lo que no dicen expresamente las fuentes es si el magistrado o el litigante que incurrían en este edicto quedaban redimidos de la pena con la aplicación de la primera retorsión, o si, por el contrario, se trataba de una pena perpetua. Por el uso del plural de Ulpiano, D. 2,2,3,6, parece desprenderse que la sanción del edicto no era *ad proximum casum* sino perpetua. De no

287. Ulpiano, D. 2,2,1,1. Sobre *iure uti*, vid. D’ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de “ius”*, en *Nuevos papeles* cit., pp. 285-287.

288. Vid. Gayo, D. 2,2,4.

289. Así también en Gayo, 1,53; 1,80; 3,64; Gayo, D. 50,17,55, y Paulo, D. 50,17,155,1. LENEL coloca este último texto en el comentario edictal del interdicto *uti possidetis*; cfr. *Palíngenesia* I, c. 1082 § 758; y *EP.*³ § 247, p. 473.

290. Ulpiano, D. 2,2,3,3-5.

serlo, la excepción que plantea Gayo, en D. 2,2,4, sería más teórica que práctica.

Problema distinto es el de si la sanción de la retorsión requiere el dolo del magistrado o no. Paulo, en D. 2,2,2, dice que *hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri*. La palabra “dolo” debe tomarse aquí en un sentido amplio²⁹¹. Así se entiende que Paulo no exonere de responsabilidad por dolo al magistrado que haya dictado decreto injusto por imprudencia de los asesores, pues la imprudencia de éstos no es incompatible con la actuación dolosa de aquél. El hecho de que la sanción fuese transmisible a los herederos y de que el dolo requiera la presencia de un juez que lo dictamine inducen a pensar que, en este edicto, la responsabilidad que se exigía era objetiva. Esta responsabilidad se fundamentaría en el deber de los magistrados municipales de conocer el edicto del pretor. Cuando el edicto se extendió a provincias, es posible que los magistrados pudieran quedar exculpados probando la negligencia de sus asesores.

C. UBICACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

En contra de la opinión de Rudorff²⁹² y Lenel²⁹³, me parece que el edicto de retorsión debe anteponerse al edicto *de albo corrupto*, que era el que cerraba el primer título edictal. Esta anteposición no plantea ningún problema formal, ya que ambos edictos son comentados por Ulpiano, Paulo y Gayo en idénticos libros: Ulpiano y Paulo lo hacen en el libro 3 *ad edictum* y Gayo en el libro 1 *ad edictum provinciale*. El motivo que me lleva a esta mutación en el orden edictal propuesto por estos autores es que el contenido del edicto de retorsión está en más

291. Así lo ha visto también BEHRENDT, art. cit., en SZ. 86(1969)202 n. 50, para quien dolo significa, en este texto, conocimiento de que el derecho que se aplica es *novum*.

292. RUDORFF, *EP.*, p. 267.

293. LENEL, *EP.*³, p. XVI.

estrecha relación con el edicto de competencia jurisdiccional que lo antecede que el edicto *de albo corrupto*.

En su reconstrucción, Rudorff²⁹⁴ transcribe las palabras de Ulpiano, D. 2,2,1,1, que considera tomadas *ad pedem litterae* del Edicto²⁹⁵, e intercala la excepción de Gayo, D. 2,2,4: *praeterquam si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset*.

Lenel²⁹⁶ hace la siguiente crítica de esta reconstrucción: a) Ulpiano, D. 2,2,1,1 no es una cita literal del edicto sino una paráfrasis, prueba de ello es que no va precedida de las palabras *praetor ait*, con las que suelen comenzar las transcripciones literales del edicto; b) es muy extraño que, como en Ulpiano, D. 2,2,1,1, también estuviera repetida en el edicto la secuencia *quandoque adversario postulante eodem iure uti debet*; y c) la frase *scilicet ... patiatur*, con la que Ulpiano, D. 2,2,1,1 justifica la existencia del edicto, no es edictal. Rudorff pretende ver un argumento a favor de la literalidad de estas palabras en el comienzo del senadoconsulto Macedoniano²⁹⁷, donde también se justifica moralmente la disposición. Sin embargo, como bien observa Lenel²⁹⁸, el estilo de los senadoconsultos era muy distinto al estilo edictal.

En la tercera edición de su obra maestra *Das Edictum Perpetuum*²⁹⁹, Lenel nos ofrece la siguiente reconstrucción del edicto de retorsión:

QUI³⁰⁰ MAGISTRATUM POTESTATEMVE HABEBIT, SI QUID IN ALIQUEM NOVI IURIS STATUERIT SIVE QUIS APUD EUM QUI

294. RUDORFF, *EP.*, p. 58.

295. Que la secuencia *Qui magistratum potestatemve ... decernetur* era edictal, se venía observando desde antaño; vid. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* I,3 (Erlangen 1806) p. 308 n. 43, con literatura. Así lo considera también MOMMSEN, *editio maior* I, p. 42; en contra, KRÜGER, *Digesta*, p. 47, que suprime las comillas de literalidad.

296. LENEL, *EP.*³, p. 58.

297. Ulpiano, D. 14,6,1pr.

298. LENEL, *EP.*³, p. 58.

299. LENEL, *EP.*³, p. 59.

300. Según ALIBRANDI, *Dell'uso dei monumenti epigrafici per l'interpretazione delle leggi romane*, en *Opere Alibrandi* I cit., p. 42, el edicto de retorsión co-

MAGISTRATUM POTESTATEMVE HABEBIT, ALIQUID NOVI IURIS OPTINUERIT, QUANDOQUE POSTEA ADVERSARIO EIUS POSTULANTE IPSUM EODEM IURE UTI OPORTEBIT, PRAETERQUAM SI QUIS EORUM QUID CONTRA EUM FECERIT, QUI IPSE EORUM QUID FECISSET.

La principal crítica que se puede hacer a la reconstrucción de Lenel es la de no haber incorporado la secuencia QUOD STATUERIT QUI IURISDICTIONI PRAEEST³⁰¹, que, a todas luces, es edictal por el hecho de ir precedida de las palabras *haec autem verba*.

Con fundamento en la reconstrucción de Lenel, que funde en una las dos cláusulas propuestas por Rudorff, y teniendo en cuenta las observaciones hechas en estas páginas, me atrevo a sugerir la siguiente reconstrucción:

QUOD NOVI IURIS³⁰² STATUERIT³⁰³ QUI IURISDICTIONI PRAEEST³⁰⁴, QUANDOQUE POSTEA ADVERSARIO³⁰⁵ POSTULANTE ADVERSUS IPSUM VEL EUM QUI ALIQUID NOVI IURIS OPTINUERIT³⁰⁶ EODEM IURE DECERNETUR³⁰⁷. PRAETERQUAM SI QUIS EORUM QUID³⁰⁸ CONTRA EUM FECERIT QUI IPSE EORUM QUID FECISSET³⁰⁹.

menzaría con la siguiente fórmula de estilo: *Quicumque in municipiis coloniis praefecturis foris conciliabulis civium Romanorum duumviri quatorviri, aliove quo nomine magistratum potestatemque habebunt*. En la segunda edición alemana de su "Edicto Perpetuo" (Leipzig 1907) p. 59 n. 1. LENEL aceptó esta sugerencia de Alibrandi, pero en su tercera edición la rechazó como falsa (cfr. *EP*.³, p. 59 n. 1).

301. Ulpiano, D. 2,2,1,2.

302. Ulpiano, D. 2,2,1,1.

303. Este término aparece también en el edicto sobre la *cautio damni infecti*; cfr. Ulpiano, D. 39,2,7pr.

304. Ulpiano, D. 2,2,1,2.

305. Este término aparece también en el edicto que contiene el interdicto *de itinere actuque*; cfr. Ulpiano, D. 43,19,3,11.

306. Ulpiano, D. 2,2,1,1. Quizá IMPETRAVERIT (cfr. Ulpiano, D. 2,2,3pr. y 3).

307. Ulpiano, D. 2,2,1,1; y D. 2,2,1,2. LENEL, *EP*.³, pp. 58-59 y n. 8, prefiere la expresión UTI OPORTEBIT, que fundamenta en Paulo, D. 50,16,8pr., en relación con Ulpiano, D. 2,2,3,5.

308. Vid. LENEL, *EP*.³, p. 58 y n. 6; cfr. n. 284.

309. Gayo, D. 2,2,4.

V. EL EDICTO DE ALBO CORRUPTO

El edicto sobre *album corruptum* cerraba el primer título del Edicto pretorio³¹⁰. Se trataba de un edicto íntimamente relacionado con el edicto de retorsión, pues ambos vinieron a prohibir la actuación *contra edictum*: el de retorsión, castigando a los magistrados municipales cuando sus decretos vulnerasen el contenido edictal; el que ahora vamos a estudiar, penalizando la corrupción material del álbum.³¹¹

A. COMENTARIO DE LA BASE TEXTUAL

La base textual para la reconstrucción de este edicto está formada por cuatro fragmentos de Ulpiano, 3 *ad edictum*: D. 2,1,7; D. 9,4,3; D. 9,4,5; D. 9,4,7³¹²; tres fragmentos de Paulo, 3 *ad edictum*: D. 2,1,9; D. 9,4,4³¹³; D. 47,23,4; y un fragmento de Gayo, 1 *ad edictum provinciale*: D. 2,1,8.

Como en tantas otras ocasiones, Ulpiano inicia su comentario parafraseando el texto edictal que quiere comentar. Así, en D. 2,1,7pr., dice:

310. Tanto RUDORFF, *EP.*, p. 267, como LENEL, *EP.*³, p. XVI, anteponen en sus reconstrucciones, como dije (cfr. ap. IV, C), sin demasiado fundamento, el edicto *de albo corrupto* al edicto de retorsión.

311. Esta posible conexión ha sido ya advertida por PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo* VII cit., pp. 600-601.

312. Sobre la necesaria relación de los fragmentos 3, 5 y 7 de D. 9,4 con el edicto *de albo corrupto*, traté en *Estudios* II, pp. 21-22.

313. Sobre este texto, vid. DOMINGO, *Estudios* II, pp. 21-22.

Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod popolare est.

En este fragmento se entremezclan, sin duda, palabras edictales, ulpianeas y justinianeas. Según Lenel³¹⁴, sólo serían genuinamente edictales los siguientes términos: *Si quis id, quod iuris dicundi causa*³¹⁵ *in albo propositum erit, dolo malo corruperit*. La multa de 500 áureos³¹⁶ y las secuencias [*non quod prout res incidit*] y [*vel in charta vel in alia materia*] estarían, según Lenel, interpoladas³¹⁷; lo demás sería ulpiano.

314. LENEL, *EP.*³, p. 57.

315. Según LENEL, *EP.*³, p. 57 n. 9, con fundamento en Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,2 (FIRA. II, p. 456), en el edicto figuraría la expresión *iuris dicundi causa*, en vez de *iurisdictionis perpetuae causa*; en contra METRO, art. cit., en *IVRA* 20(1969) 516 n. 72, que considera “troppo labile il motivo”; y MANCUSO, art. cit., en *AUPA*. 37(1983)386. PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo* VII cit., p. 603, señala que la expresión *iurisdictionis perpetua* fue introducida por la Cancillería de Alejandro Severo, en la que Ulpiano desarrolló una gran labor. Este dato sirve de apoyo para la tesis de Lenel, que me parece acertada. En p. 604, observa Palazzolo que, a pesar de ser la expresión *iurisdictionis perpetua* tardoclásica, no le parece “si possa escludere a priori che la contrapposizione riferita da Ulpiano fra *iurisdictionis perpetuae causa* e *prout res incidit* fosse presente, sia pure con parole diverse, nell’originaria promessa editale. E ciò perché la logica della contrapposizione è tipica non dell’età di Ulpiano, ma proprio dell’ultima epoca repubblicana”.

316. Que el texto edictal en vez de 500 áureos hablaría de 500.000 sesteracios, fue ya visto por CUYACIO, *Liber decimus nonus Observationum et emendationum*, cap. XXI: *De Iustiniana aurei aestimatione*, en *Opera* I (Patri 1836) c. 870: “De albo corrupto in quingentos, procul dubio in edicto veteri servavit rationem sestertiariam, quae redacta ad aureos, pro mille sestertiis computat unum aureum”. Recientemente, GUARINO, *De albo corrupto*, en *Index* 18(1990)275 y 279, con literatura.

317. LENEL, *EP.*³, p. 57; cfr. también CUYACIO, *Liber vigesimus primus Observationum et emendationum*, cap. XXIV: *Edictum de albo corrupto*, en *Opera* I cit., c. 975; PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Ediktes als “edictum perpetuum”*, en *Gesammelte Abhandlungen* I [= *Symbolae Friburgenses in honorem O. Lenel* (1931)] (Heidelberg 1961) p. 117; DE MARTINO, *La giurisdizione*, p. 155 y n. 1; DE FRANCISCI, *Per la storia dell’editto perpetuo nel periodo post-classico*,

Por su parte, Guarino³¹⁸ considera que, salvo la mención de los áureos, el resto del texto no es sino una paráfrasis, toda ella ulpiana, del texto edictal. La referencia *vel in charta vel in alia materia* la justifica diciendo que en los albores del siglo III, que es cuando Ulpiano escribió su comentario, el edicto era conocido, no sólo a través del álbum, sino también mediante pergaminos, papiros, etc., a los que se extendería la protección edictal. Con la secuencia *quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit*, según Guarino, quedaría excluido de la acción *de albo corrupto* lo que no fuera publicado “come supporto della *iurisdictionis perpetua*”³¹⁹, sino más bien por cuestiones ocasionales. Esta expresión de *iurisdictionis perpetua* sería, para este autor, sinónima de *edictum perpetuum*³²⁰, ya que, al no haber sido éste codificado en época de Adriano, continuaría vigente en época severiana.

Aunque estimo correcta la propuesta de Guarino de considerar ulpiano lo considerado por la doctrina glosemático o interpolado, no me parece del todo convincente su fundamentación. En mi opinión, Ulpiano aprovechó el comentario del antiguo edicto *de albo corrupto* para hablar de la tipificación de este delito en época severiana³²¹; de

en RIDA. 4 [=Mélanges F. de Visscher III] (1950) 358; CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le “actiones populares”* (Napoli 1958) p. 150; METRO, art. cit., en IVRA 20(1969)515-516; y MANCUSO, art. cit., en AUPA. 37(1983)378, que considera itp. toda la secuencia [*iurisdictionis ... incidit*].

318. Cfr. GUARINO, art. cit., en ANRW. II,13 cit., p. 73 n. 47; y art. cit., en Index 18(1990)275-276.

319. GUARINO, art. cit., en Index 18(1990)276. La identificación conceptual que propone este autor entre *iurisdictionis perpetua* y *edictum perpetuum* me parece del todo improbable.

320. En contra de esta idea, son de gran interés los argumentos que aporta PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo* VII cit., pp. 602-607.

321. Sobre la evolución de este delito en época severiana, considerado como una especie dentro del genérico *crimen falsi*, vid. las nuevas aportaciones de PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo* VII cit., pp. 617-620; cfr. también D'ORS, *Contribuciones a la historia del “crimen falsi”*, en *Studi in onore di E. Volterra* II (Milano 1971) pp. 527-558. Un texto que evidencia esta desnaturalización del delito *de albo*

ahí que extienda instrumentalmente el supuesto de hecho ampliándolo *vel in charta vel in alia materia* y que lo limite formalmente a supuestos de jurisdicción permanente o perpetua³²². La expresión jurisdicción permanente, propia de la Cancillería imperial de Alejandro Severo, designaría, como bien señala Palazzolo³²³, la actividad jurisdiccional edictal del pretor que, por ser permanente y estable, exige una *propositio in albo*.³²⁴

1. “*Album corruptum*”

Dos son las palabras edictales que sintetizan el tipo delictual de nuestro edicto: *album corruptum*. Sin embargo, aunque, como digo, la palabra que figuraba en el edicto era ésta de *corruptio*, Ulpiano, D. 2,1,7,5 hace una interpretación extensiva que incluye otras actuaciones, como la de sustraer (*tollere*) parte del *album* o mandar corromperlo (*mandare*). La *corruptio* debía ser llevada a cabo *dolo malo*³²⁵; de ahí que *si per imperitiam vel rusticitatem*³²⁶ *vel ab ipso praetore iussus vel*

corrupto es Modestino, D. 48, 10, 32: *Hodie qui edicta proposita dolo malo corruptum, falsi poena plectuntur*.

322. Sobre *perpetuus*, vid. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Perpetuus*, en AHDE. 19(1948-49)593-601, especialmente 600-601.

323. Cfr. PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo VII* cit., pp. 603-604.

324. Cfr. PALAZZOLO, art. cit., en *Sodalitas. Scritti Guarino V* cit., pp. 2444-2445. Naturalmente, aquí la palabra *album* tiene un significado distinto al de Edicto, pues, en esta época, ya se hallaba codificado; la codificación, sin embargo, como bien observa este autor, no conllevó la inutilización del *album*.

325. De no haber sido exigido este requisito, la *corruptio albi* se habría configurado a modo de cuasidelito, donde la responsabilidad por el *factum* era objetiva; cfr. sobre ello, D'ORS, *DPR.*⁸ § 359; y GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos* (Madrid 1990) pp. 157-158. Esto explicaría las semejanzas con el edicto de *effusis vel deiectis* y con el edicto de *positis*.

326. Sobre la consideración jurídica de la *rusticitas*, vid. MAYER-MALY, art. cit., en *Studi Sanfilippo I* cit., pp. 307-347, especialmente pp. 329-330, donde comenta este mismo párrafo. Ulpiano, D. 29,5,3,22, a propósito del edicto § 169 *Quorum testamenta ne aperiantur* (LENEL, *EP.*³ § 169, pp. 364-365), vuelve a utilizar en su comentario la *imperitia* y la *rusticitas* conjuntamente: *Et si sciens, non tamen dolo aperuit, aequae non tenebitur, si forte per imperitiam vel per rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti aperuit*.

*casu*³²⁷ *aliquis fecerit, non tenetur*³²⁸. De todas estas causas jurisprudenciales de inaplicación del edicto *de albo corrupto*, la que más llama la atención es la del *iussum praetoris*, pero tiene perfecta lógica, pues si el pretor no podía estar sometido a su propio edicto *de albo corrupto* ¿cómo iba a estarlo el que cumplía sus órdenes?³²⁹

Cuestión importante es la de determinar si el edicto *de albo corrupto* se refería exclusivamente al álbum de Roma o también a las copias que se encontraban en los municipios. En efecto, gracias al hallazgo de la *lex Irnitana*, sabemos ahora que los magistrados debían tener expuesto al público el álbum del gobernador provincial: *Magistratus ut in publico habeant album eius qui provinciam optinebit*, se dice en la rúbrica del capítulo 85. Evidentemente, se trata de una traslación a provincias del régimen municipal itálico, que, por disposición de la *lex Iulia municipalis*, exigía la exposición del álbum del pretor urbano en los municipios de Italia.³³⁰

Teniendo como tenían los pretores jurisdicción en toda Italia, se puede conjeturar que, desde que legalmente se impuso la obligación de tener expuesta en los municipios una copia del álbum urbano, nuestro edicto extendió su protección también a aquellas copias municipales

327. Ulpiano, D. 21,1,23,2 recoge esta misma causa de exclusión edictal en el libro 1 de su comentario al edicto de los ediles curules: *si quis casu fecerit, cessabit edictum*.

328. Ulpiano, D. 2,1,7,4.

329. Según PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo VII* cit., p. 602 n. 31, esta causa de exclusión muestra la posible aplicación del edicto *de albo corrupto* al propio pretor que, en contra de la prohibición de la *lex Cornelia de iurisdictione*, mandase alterar las normas edictales. Me parece, sin embargo, que es del todo improbable que el pretor estuviese sometido a sus propias normas; de ahí precisamente la importancia del plebiscito Cornelio, que vino a limitar *ab extra* la jurisdicción del pretor.

330. Cfr. D'ORS, art. cit., en *SDHI*. 49(1983)23-27; *LFM.*, p. 173. Que con anterioridad a la *lex Iulia municipalis* de Augusto existiera ya la obligación de tener expuesto en los municipios el edicto del pretor, es posible, pero carecemos de testimonios en las fuentes.

mediante el ejercicio de la *actio de albo corrupto* ante el magistrado urbano.³³¹

Por la *lex Irnitana* sabemos también que el *album* lo componían *edicta, formulae iudiciorum, sponsiones, stipulationes, satis acceptiones, exceptiones, praescriptiones, e interdicta*³³². Este dato es interesante a la hora de valorar el alcance de nuestro edicto, pues es frecuente identificar corrupción del *album* con corrupción del Edicto, sin advertir que el *album* no sólo contenía el Edicto del pretor, sino también fórmulas procesales, interdictos, excepciones y estipulaciones pretorias, que *stricto sensu* no formaban parte del Edicto.³³³

No sabemos si a los dos elementos del tipo delictual hay que unir todavía un tercero: la *propositio*. En efecto, Ulpiano, D. 2,1,7,2 afirma que *si dum proponitur vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt*. Pomponio, sin embargo, considera que el

331. La elevada cuantía de la multa (500.000 sesteracios), el hecho de que se tratara de una acción *in factum* y el hecho de que la acción por desacato al magistrado municipal se tramitara en Roma obligan a pensar que el magistrado municipal no era competente en materia de *album corruptum*. Además, a diferencia del pretor urbano (cfr. Ulpiano, D. 2,1,7,4), sí se aplicaba el edicto al magistrado municipal cuando mandaba alterar la copia del *album* que se encontraba en los municipios itálicos (cfr. *lex Irnitana*, cap. 85).

332. Cfr. *lex Irnitana*, cap. 85, línn. 30-32 y 37-39, que repite dos veces la misma enumeración; en la rúbrica, sin embargo, se utiliza, como he dicho, la palabra *album*, lo que significa que éste estaba compuesto por recursos ordinarios de jurisdicción (edictos y fórmulas con sus correspondientes excepciones y prescripciones) y recursos complementarios (interdictos, promesas, estipulaciones y garantías); cfr. D'ORS, *LFM.*, pp. 172-173.

333. Esto es lo que explica que en el Edicto Perpetuo estén colocados los interdictos, las excepciones y las estipulaciones pretorias a modo de apéndice, ocupando los tres últimos títulos edictales (cfr. LENEL, *EP.*³, pp. XXII-XXIV), y no intercalados, en su lugar correspondiente, *ratione materiae*. Esto explicaría también por qué en el Edicto, aunque se anuncien las acciones, no se transcriben sus respectivas fórmulas.

edicto deberá aplicarse también en estos casos. La razón de esta discrepancia quizá se deba a que, en época de Pomponio, la *corruptio albi* todavía no se había criminalizado, como sí había sucedido ya cuando Ulpiano escribió su comentario³³⁴. Esta criminalización, que lo acabó convirtiendo en un delito castigado por la *lex Cornelia de falsis*³³⁵, como he dicho, exigiría mayor precisión en la calificación del tipo que la que pudiera exigirse para el ejercicio de una acción penal.

Según Casavola³³⁶, Guarino³³⁷ y Palazzolo³³⁸, la *propositio*, como señala Ulpiano, era *condicio sine qua non* para la existencia del delito de *corruptio albi*, ya que el interés público que se protegía era el conocimiento del edicto por los ciudadanos. Me parece, sin embargo, que lo que quiso proteger el pretor con la incorporación del edicto de *albo corrupto* fue su propia jurisdicción y no un inexistente “derecho al conocimiento del edicto”. En efecto, el telón de fondo del título I *De iurisdictione* del Edicto pretorio, en el que se encuentra nuestro edicto de *albo corrupto*, es éste de la protección de la jurisdicción pretoria, tanto en Roma como en los municipios itálicos. Incluso me atrevería a decir que hasta la acción por desacato al decreto del magistrado municipal con la que se abre el Edicto tenía como finalidad la defensa de la jurisdicción pretoria, ya que, en muchas ocasiones, el magistrado municipal actuaba por delegación pretoria³³⁹, por lo que desobedecer al magistrado era tanto como desobedecer al pretor. Aunque no concluyente, un testimonio de lo que estoy diciendo podemos encontrarlo en el ya citado fragmento de Paulo, D. 2,1,9, cuando, al comparar un edicto del título *De furtis* con el edicto de *albo*

334. Cfr. Ulpiano, D. 48,10,25. Sobre la evolución de la *corruptio albi* en época severiana, vid. PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo* VII cit., pp. 617-622.

335. Cfr. Ulpiano, D. 48,10,25; Modestino, D. 48,10,32pr.; PS. 5,25,5.

336. CASAVOLA, *Azioni popolari* cit., pp. 150-151.

337. GUARINO, art. cit., en *ANRW*. II,13 cit., p. 74 n. 47.

338. PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo* VII cit., p. 608.

339. Vid. DOMINGO, *Estudios* II, pp. 64-69.

corrupto, señala: *fortasse quia hic et contempta maiestas praetoris vindicatur*. Esta manifestación de duda (*fortasse*) se puede deber a que, como digo, cuando Paulo escribió su comentario, el delito de *album corruptum* había sido sustancialmente modificado.

2. Autoría

Como tantos otros edictos, comienza éste *de albo corrupto* con la expresión *si quis*, que, como bien señala Ulpiano en su comentario³⁴⁰, comprende tanto a los varones como a las mujeres³⁴¹, sean o no hijos de familia o esclavos.

A propósito de la posible comisión del delito por un esclavo o grupo de esclavos, se plantea Paulo una serie de cuestiones jurídicas relacionadas con la noxalidad³⁴². La extensión de su comentario en este punto se debe a que es la primera vez que aparecen en el Edicto las acciones noxales, lo que justifica un *excursus* sobre ellas³⁴³. Como Justiniano excluyó del régimen de noxalidad a los hijos de familia³⁴⁴,

340. Cfr. Ulpiano, D. 2,1,7,1.

341. Cfr. esta misma idea en Ulpiano, D. 50,16,1, a propósito del edicto por desacato al decreto del magistrado municipal.

342. Sobre acciones noxales, vid. ZIMMERN, *Das System der römischen Noxalklagen* (Heidelberg 1818); BIONDI, *Le "actiones noxales" nel diritto romano classico*, en AUPA. 10(1925)1-366; DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité* (Bruxelles 1947); SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità noxale in diritto romano* (Pavia 1949) pp. 59-135; FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni noxali. Il possessore di buona fede del servo* (Milano 1976). Un amplio *status quaestionis* hasta 1981 ofrece GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona 1981).

343. Sobre este criterio metodológico general seguido por todos los comentaristas edictales, vid. DOMINGO, *Estudios I*, p. 35.

344. Cfr. Inst. 4,8,7.

los Compiladores eliminaron las referencias que Ulpiano y Paulo pudieron hacer a los hijos en sus comentarios al edicto que nos ocupa.³⁴⁵

a) Repercusiones procesales de la *scientia domini*

En D. 9,4,3,³⁴⁶ Ulpiano nos explica el significado de *scientia*, término que, sin duda alguna, se encontraba en nuestro edicto³⁴⁷: un

345. Del comentario de Ulpiano, hay un texto -D. 2,1,7,3- que llama la atención por referirse al esclavo delincuente sin mencionar el régimen de la noxalidad: *In servos autem, si non defenduntur a dominis, et eos qui inopia laborant corpus torquendum est*. Tanto LENEL, *Palingenesia* II, c. 427 n. 4; y EP.³, p. 57, como BIONDI, art. cit., en AUPA. 10(1925)193 n. 3, opinan que se trataría de una itp. De no querer admitir la itp., habría que ponerlo en relación con PS. 1,13a,3, y pensar que Ulpiano se estaba refiriendo a un régimen *extra ordinem*: *In eum, qui album raserit corruperit sustulerit mutaverit quidve aliud propositum edicendi causa turbaverit, extra ordinem punitur*. Otra posibilidad consistiría en pensar que Ulpiano estaba comentando en este texto la *actio iniuriarum noxalis*, que preveía la posibilidad de que el demandado se liberara entregando el esclavo para que fuera azotado (cfr. Ulpiano, D. 47,10,17,4-6; D. 2,9,5). Sobre esta acción, vid. LENEL, EP.³ § 195, *De noxali iniuriarum actione*, pp. 401-402.

346. GIMÉNEZ-CANDELA, *Sobre la "scientia domini" y la acción de la ley Aquilia*, en IVRA 31(1980)122, considera todo el fragmento interpolado. En p. 123 afirma con razón: "que Ulpiano no pudo escribir esto se muestra ya en el hecho de que se hable de acciones noxales, pues precisamente el requisito de la *scientia* era para dar la acción directa y no la noxal". Esta observación es perfectamente compatible con la autenticidad del texto, si consideramos que lo único interpolado fue la expresión [*In omnibus noxalibus actionibus*], secuencia que fue incorporada por los Compiladores al llevar este texto del comentario del edicto *de albo corrupto* al título 9,4 del Digesto. Así lo vio ya ALBANESE, *Sulla responsabilità del "dominus sciens" per i delitti del servo*, en BIDR. 70(1967)160 n. 69.

347. Cfr. Paulo, D. 9,4,4pr.: *et hoc in toto edicto intellegendum est circa scientiae verbum*. GIMÉNEZ-CANDELA, art. cit., en IVRA 31(1980)124, opina que esta secuencia es compilatoria, porque "evidentemente no podía tratarse de un título general de noxalidad en el Edicto, sino del artificialmente supuesto por el título 9,4 del Digesto". Me parece muy extraño que los Compiladores, para referirse a un título del Digesto, utilizasen "artificialmente" la expresión *totum edictum*. En mi opinión, *totum edictum* hace referencia al Edicto Perpetuo, a propósito de las acciones directas contra el *dominus sciens* por delitos cometidos por sus esclavos (cfr. Ulpiano, D. 9,3,1pr.; D. 9,3,5,6). Así opina también ALBANESE, art. cit., en BIDR. 70(1967)161 n. 70. Distinta es la expresión *totum enim hoc edictum* de Labeón-Ulpiano, D. 42,8,6,6, que se refiere

dominus es *sciens* cuando, pudiendo impedir la comisión del delito por su esclavo, no lo hace. Esta misma idea nos la transmite también Paulo, D. 9,4,4pr.³⁴⁸, en su comentario *ad hoc edictum: dicitur scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest*.³⁴⁹

La importancia de esta palabra en los comentarios a este edicto radica en que el delito de corrupción del álbum –al igual que el delito de daño de la ley Aquilia³⁵⁰ o los cuasidelitos³⁵¹ *de effusis vel deiectis*³⁵² y *de positis*³⁵³– originaba dos posibles acciones contra el *dominus*: una, con *noxae deditio*, y otra directa, también llamada *in solidum* o *actio detracta noxae deditio*.³⁵⁴

al edicto § 225 *Quae fraudationis causa gesta erunt* (cfr. LENEL, *EP*.³, pp. 435-443) y no al Edicto Perpetuo.

348. Que las preguntas retóricas del pr. son itp. fue ya visto, entre otros, por WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen 1960) p. 275; ALBANESE, art. cit., en *BIDR.* 70(1967)160 n. 69; y GIMÉNEZ-CANDELA, art. cit., en *IVRA* 31(1980)123. Según ALBANESE, p. 160 n. 66, la expresión *rectius itaque* no estaría itp., sino que muestra que le precedieron opiniones de diversos juristas acerca del concepto de *scientia*, que servían de contraste con la que él en este mismo párrafo propone; en contra, GIMÉNEZ-CANDELA, p. 123.

349. Cfr. también, a propósito de la ley Aquilia, Ulpiano, D. 9,4,2,1: *is qui non prohibuit ... hac actione tenetur*; y Paulo, D. 9,2,45pr.: *scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit*.

350. Cfr. Ulpiano, D. 9,4,2,1. Un extenso comentario de este texto nos ofrece GIMÉNEZ-CANDELA, art. cit., en *IVRA* 31(1980)128-133. Una interpretación distinta puede verse en ALBANESE, art. cit., en *BIDR.* 70(1967)139-150.

351. Sobre cuasidelitos, vid. PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (Madrid 1987); GIMÉNEZ-CANDELA, *Cuasidelitos* cit.; y recensiones a este último libro de BURDESE, en *SDHI.* 57(1991)449-459; D'ORS, en *SZ.* 109(1992)674-677; MAYER-MALY, en *Tijdschrift* 60(1992)194-198; y PARICIO, en *Seminarios Complutenses* 5(1993) Supl. 1992-93, pp. 73-76.

352. Ulpiano, D. 9,3,1pr.

353. Ulpiano, D. 9,3,5,6.

354. Distinta de esta acción, aunque en ocasiones la terminología sea equívoca, es la *actio sine noxae deditio*, que cumple una función subsidiaria respecto a la acción noxal, y que tiene lugar cuando el *dominus* responde negativamente en una *interrogatio in iure an servus sit et in potestate eius esse*. Sobre esta acción *in factum*, vid. GIMÉNEZ-CANDELA, *Régimen pretorio* cit., especialmente pp. 231-344.

La acción directa contra el *dominus* tenía lugar cuando éste era *sciens*, es decir, cuando pudiendo impedir el delito no lo hizo. Por Ulpiano, D. 9,4,5,1, sabemos: i) que la responsabilidad del delincuente era *in solidum*, en el sentido de que, si eran varios los *domini scientes*, debía pagar cada uno la pena por entero; ii) que era intransmisble a los herederos del dueño; y iii) que el *dominus sciens* quedaba obligado, aunque hubiera perdido la potestad sobre el esclavo (por muerte, manumisión o enajenación). Es decir, si el *dominus* era *sciens*, se le aplicaba exactamente la misma acción que si él mismo hubiera cometido el delito de corrupción de álbum.

La acción noxal la podía ejercitar el demandante contra el *dominus sciens* o *insciens*³⁵⁵. Por Paulo, D. 9,4,4,2 y 3 —que, sin duda alguna, fue modificado por los Compiladores con el fin de fijar los criterios post-clásicos de la concurrencia de la acción directa con la noxal³⁵⁶—, sabemos que: i) si se ejercitaba la acción directa contra el

355. A favor de la clasicidad de este régimen, aplicado al *damnum iniuria datum* de la *lex Aquilia*, vid. GIMÉNEZ-CANDELA, art. cit., en *IVRA* 31(1980)128-134; en contra, ALBANESE, art. cit., en *BIDR.* 70(1967)129-150 y 171, para quien la generalización del concurso alternativo de la acción directa con la acción noxal no es clásico. Con fundamento en Ulpiano, D. 9,2,44,1; D. 9,4,2; y D. 9,4,5, afirma Albanese que, según Ulpiano, la *scientia domini* excluiría en todo caso el ejercicio de la acción noxal. Me parece, sin embargo, que estos textos ulpianos más que excluir la acción noxal en caso de *scientia domini* lo que hacen es permitir el ejercicio de la acción directa; son, pues, no textos excluyentes, sino permisivos. Como bien argumenta GIMÉNEZ-CANDELA, art. cit., en *IVRA* 31(1980)130, “hay que tener en cuenta que la *scientia* no consta antes de la prueba *apud iudicem*, y no se concibe, pues, que el pretor niegue la acción noxal por la simple sospecha de que el *dominus* era *sciens*”.

356. La itp. del § 2 [*nisi forte ... tollitur*] ha sido admitida por la doctrina; cfr., por citar algunos ejemplos, WIEACKER, *Textstufen* cit., p. 275; ALBANESE, art. cit., en *BIDR.* 70(1967)165. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* I (Berlín 1918, reimpr. Aalen 1964) p. 158, más conservador pero sin demasiado fundamento, considera itp. [*nisi ... voluit*] y [*una autem poena ... tollitur*]. También las interpolaciones del § 3 [*donec autem prius ... transire*] e [*in ipso autem ... prohibendus*] han sido comúnmente aceptadas; cfr. LEVY, *Die Konkurrenz* I cit., p. 158; ALBANESE, art. cit., en *BIDR.* 70(1967)167; LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen*

dominus insciens, pensando que tenía *scientia*, y resultaba absuelto por carecer de ella, si posteriormente el demandante ejercitaba la acción noxal contra el *dominus*³⁵⁷, éste era defendido con la excepción de cosa juzgada³⁵⁸; y ii) si se ejercitaba la acción noxal contra el *dominus sciens*, el Pretor denegaba la acción directa al demandante que pretendía ejercitarla posteriormente³⁵⁹. Que en el primer supuesto se concediera la excepción de cosa juzgada no ofrece ninguna dificultad, porque el efecto consuntivo de la *litis contestatio* en las acciones *in factum* opera *ope exceptionis*. Sí la ofrece, en cambio, el segundo supuesto, que culmina con la *denegatio actionis*. En mi opinión, la *denegatio actionis*, cuando se interpone la acción noxal antes de la directa, tiene su fundamento en que, como la legitimación pasiva de la noxal es más amplia que la de la directa, y, por otra parte, existe identidad de causa³⁶⁰, *res* y partes procesales, el pretor, sin riesgo alguno de error, podía proceder directamente a la *denegatio* de la acción directa. Sin embargo, no puede actuar así el pretor cuando se antepone la acción directa a

Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe (Göttingen 1972) p. 60. LENEL, *Palingenesia* II, c. 969 n. 3, sólo señala la itp. [*donec autem prius ... transire*]. KASER, *RPR*. II², p. 432 n. 54, reconoce la manipulación de los fragmentos §§ 2 y 3, pero no determina su alcance.

357. LEVY, *Die Konkurrenz* I cit., pp. 158 y 164, considera también interpoladas (cfr. n. 356) las secuencias [*absolutione ... iudicio*] y [*et ... finita*] del § 3 de Paulo, D. 9,4,4, por lo que, según este autor, debería interponerse, no la *exceptio rei iudicatae*, sino la *exceptio rei <in iudicium deductae>*. Aunque, como bien observa KASER, *ZPR*., p. 503, esta itp. era “planmäßig”, estoy con ALBANESE, art. cit., en *BIDR.* 70(1967)168 n. 81; y con LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz* cit., p. 60 n. 107, en que aquí el texto es genuino.

358. En mi opinión, también estaría defendido con la excepción de cosa juzgada el *dominus sciens* condenado por la acción directa, si resulta posteriormente demandado con la acción noxal.

359. También tendría lugar una *denegatio actionis* cuando se demandaba al *dominus insciens* con la acción noxal y posteriormente se le demandaba con la acción directa.

360. Sobre este concepto, vid. las apreciaciones de LEVY, *Die Konkurrenz* I cit., pp. 160-170.

la noxal, pues la legitimación pasiva de aquélla es más restrictiva que la de ésta, por lo que no debe resolver directamente el conflicto mediante la *denegatio actionis*.³⁶¹

Aparte la posibilidad del abandono noxal, la acción directa se diferenciaba de la noxal en que ésta era transmisible al heredero del dueño, no originaba una responsabilidad *in solidum*³⁶² y sólo se podía ejercitar contra el *dominus* actual del esclavo (*nox caput sequitur*), y no contra el que era *dominus* del esclavo cuando éste delinquirió.³⁶³

Por último, para determinar el alcance de la *scientia*, es interesante el supuesto que plantea Ulpiano, D. 9,4,5pr., de que el *servus* delincuente esté en copropiedad:

i) Si los condueños eran *inscientes*, se podrá ejercitar la acción noxal contra cualquiera de ellos (*noxale iudicium in quemvis dabitur*). En el supuesto de que el condueño demandado haya optado por el pago de la pena en vez de por la entrega noxal, el intento de una posterior

361. La *denegatio actionis* serviría de argumento a favor de la tesis de Giménez-Candela, que no comparto (cfr. n. 377), de que la acción noxal es una acción única, civil, referida a un *oportere* del dueño, pues en las acciones civiles el efecto consuntivo de la *litis contestatio* opera *ipso iure*; cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, *Régimen pretorio* cit., p. 360 y pp. 386-397.

362. Cfr. Ulpiano, D. 9,4,5,1.

363. Cfr. Pomponio-Ulpiano, D. 9,4,7,1. Ulpiano nos refiere en este texto la opinión de Pomponio de que la concurrencia de la acción directa con la acción noxal siempre es alternativa; de ahí que, si el *dominus sciens* enajena el esclavo, se podrá ejercitar alternativamente la acción directa contra el *dominus sciens* o la acción noxal contra el nuevo *dominus insciens*, pero en ningún caso se podrán acumular; cfr. sobre este texto, FALCHI, *Ricerche* cit., pp. 150-151. Al supuesto contrario se refiere Paulo, D. 9,4,4,1: si un comprador *sciens* compra un esclavo delincuente a un vendedor *insciens*, no procede contra el comprador la acción directa, sino la noxal, porque él no era el dueño en el momento de la comisión del delito.

acción noxal contra otro condueño será paralizado necesariamente con la *denegatio actionis*. Por eso, si después de haber ejercitado la acción noxal, el demandante se entera de que el otro *dominus* era *sciens*, sólo podrá ejercitar contra él la acción directa, y no la noxal, aunque el anterior condueño condenado, como digo, hubiese preferido pagar la pena a entregar al esclavo delincuente.

ii) Si todos los *domini* eran *scientes*, se podrá ejercitar la acción directa contra cada uno de ellos, *quemadmodum si plures deliquissent*. Esta afirmación de Ulpiano no excluye, como cree Albanese³⁶⁴, la posibilidad del ejercicio de la acción noxal contra cualquiera de los *domini scientes*, en lugar de la acción directa, pues los *domini scientes*, por el hecho de ser *domini*, también están legitimados pasivamente en una acción noxal.

iii) Si un dueño es *sciens* y otro *ignorans*, dice Ulpiano que se podrá ejercitar cumulativamente, contra el *sciens*, la acción directa, y contra el *insciens*, la acción noxal. Tampoco está aquí Ulpiano excluyendo el ejercicio de la acción noxal frente al *dominus sciens*, sino que, partiendo de la idea de que el demandante tiene datos para probar la *scientia*, ofrece la solución más beneficiosa para el demandante, consistente en la posibilidad de ejercitar la acción directa. Evidentemente, si el demandante no se siente capaz de probar la *scientia* de uno de los condueños, es preferible demandar a cualquiera de ellos con la acción noxal.

En definitiva, lo que nos quiere decir Ulpiano es que, cuando los condueños son *scientes*, se aplica el régimen de pluralidad de delinquentes, por lo que las acciones directas se acumulan, de suerte que cada uno de los condueños deberá pagar la pena entera. Esto no es óbice

364. Vid. ALBANESE, art. cit., en *BIDR.* 70(1967)131-137, que ofrece un extenso comentario de este fragmento; en contra de Albanese, vid. FALCHI, *Ricerche* cit., pp. 82 y 88-89.

para que, si el demandante considera que la *scientia* de alguno de ellos es difícil de probar, utilice la acción noxal contra ése.

b) Pluralidad de delincuentes

Otra cuestión que tratan Ulpiano, Paulo y Gayo en sus comentarios al edicto *de albo corrupto* es la pluralidad de autores. Sin lugar a dudas, tanto éste como el anterior de la concurrencia de acciones son problemas jurisprudenciales más que edictales; de ahí que, con bastante seguridad, se pueda afirmar que el edicto nada diría sobre ellos.³⁶⁵

Los tres fragmentos que conservamos sobre este tema fueron llevados por los Compiladores al título general *De iurisdictione* y colocados sucesivamente (Ulpiano, D. 2,1,7,5; Gayo, D. 2,1,8; y Paulo, D. 2,1,9).

La idea central del comentario se halla en que, como la *corruptio albi* es un delito, se debe aplicar el criterio general de la cumulatividad: *si plures fecerint vel corruperint vel mandaverint, omnes tenebuntur*³⁶⁶; de ahí que *non sufficiat unum eorum poenam luere*³⁶⁷. A propósito de la comisión del delito por varios esclavos de un mismo dueño, Paulo, D. 2,1,9³⁶⁸ advierte que no se aplica aquí lo previsto en un edicto del título *De furtis*³⁶⁹ de que cuando un conjunto de esclavos comete un delito de hurto se da una única acción con una pena similar a la prevista para un hombre libre³⁷⁰, sino más bien lo que sucede en los delitos de

365. Se trata, por tanto, de textos que, a lo largo de estos *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio*, he denominado "C"; cfr. DOMINGO, *Estudios* I, p. 34.

366. Ulpiano, D. 2,1,7,5.

367. Gayo, D. 2,1,8.

368. Sobre este fragmento, vid. el comentario de LEVY, *Die Konkurrenz* I cit., pp. 479-480.

369. Cfr. LENEL, *EP.*³, p. 335 (§ 137 *Si familia furtum fecisse dicetur*).

370. Una referencia a este edicto puede verse también en Paulo, D. 9,4,31.

injurias o de daño³⁷¹, en los que se considera que existen tantos hechos delictivos como delincuentes³⁷². La razón que alega Paulo es la ya comentada de que en el delito *de albo corrupto*, a diferencia del *furtum*, *contempta maiestas praetoris vindicatur*.³⁷³

3. La acción *de albo corrupto*

Como ya he tenido ocasión de decir, la acción *de albo corrupto* era una acción pretoria, penal y concebida *in factum*³⁷⁴. Su carácter penal la hacía pasivamente intransmisible³⁷⁵ y, si eran varios los delincuentes, cumulativa³⁷⁶. Cuando el delito era cometido por un *filius familias* o un *servus*, se podía ejercitar la acción noxal³⁷⁷, en cuya fórmula

371. Según LEVY, *Die Konkurrenz* I cit., p. 478 n. 4, la referencia [*vel damnum dederunt*] estaría itp.

372. Por eso, Paulo, D. 2,1,9 *in fine* advierte con Pomponio, rectificando la benévola interpretación de Octaviano, que sólo podría considerarse que hay un único hecho delictivo, cuando por el *consilium* de un grupo de esclavos un tercero corrompe el álbum.

373. D. 2,1,9. Según BESELER, *Beiträge* III, p. 83, [*fortasse ... intelleguntur*], sería itp. Me parece, sin embargo, que más que de una itp. se trataría de un intento de Paulo de justificar las diferencias existentes entre el régimen del hurto y el del *album corruptum*.

374. Cfr. Ulpiano, D. 48,10,25.

375. Cfr. Ulpiano, D. 9,4,5,1.

376. Cfr. Ulpiano, D. 2,1,7,5.

377. Esta acción noxal, como ya he dicho, sería distinta de la acción *de albo corrupto*, pues el aditamento en la *condemnatio* de *aut noxae dedere* la hacía transmisible y exigía una legitimación pasiva distinta de la prevista para la *actio de albo corrupto*. Pero el hecho de que sea distinta no significa, como pretende Giménez-Candela, que la acción noxal, tanto en delitos civiles como pretorios, sea única y siempre civil, referida a un *oportere* (cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, *Régimen pretorio* cit., p. 392). Un argumento a favor de lo que estoy diciendo lo tenemos en la ya mencionada cita literal del edicto *de effusis vel deiectis*, en Ulpiano, D. 9,3,1pr.: *si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere*. Otro texto de interés es Ulpiano, D. 9,3,5,6, que cita textualmente el edicto *de suggrundis*: *si servus insciente domino fecisse dicetur, aut*

se añadía a la *condemnatio* la frase *aut noxae dedere*³⁷⁸ o una expresión similar. Por Ulpiano, D. 2,1,7pr., y Paulo, D. 47,23,4³⁷⁹, sabemos que la acción *de albo corrupto* era popular, como la acción por desacato al decreto del magistrado municipal³⁸⁰, también ubicada en el primer título edictal. Es muy improbable que nuestra acción tuviera carácter infamante, pues, aparte de que no se ha conservado en ninguna lista de acciones infamantes que conservamos³⁸¹, según d'Ors, a excepción

noxae dedi iubebo. En p. 390 n. 39, Giménez-Candela, sin embargo, afirma que estos textos no resultan probatorios pues “se trata de acciones *in factum* que, evidentemente, no pueden convertirse en noxales por una simple adición de *aut noxae dedere*”. No se da cuenta la autora de que la incorporación en una fórmula de la alternativa noxal alteraba la propia acción tanto en su legitimación como en su transmisibilidad. Para mantener su teoría de acción noxal única, se ve obligada GIMÉNEZ-CANDELA, *Cuasidelitos* cit., p. 103, a considerar interpoladas, sin ningún apoyo textual sólido, las frases edictales [*aut noxam dedere*], de Ulpiano, D. 9,3,1pr., y [*aut noxae dedi iubebo*], de Ulpiano, D. 9,3,5,6, y a suplirlas por la frase <*noxali actione agere iubebo*>.

378. Como bien señala KASER, *ZPR*, p. 264, en las acciones *in factum* la posibilidad de abandono noxal no figuraría en la *intentio*, como en las acciones civiles, sino sólo en la *condemnatio*.

379. Sobre este fragmento del libro 3 de Ulpiano *ad edictum*, integrado en el comentario al edicto *de albo corrupto*, traté ya en *Estudios I*, p. 56.

380. Vid. DOMINGO, *Estudios I*, pp. 50-56. Recientemente, la rec. de PARICIO, en *Seminarios Complutenses* 5(1993) Supl. 1992-93, pp. 70-72, vuelve a poner en duda la popularidad de esta acción, entre otras razones, porque “las fuentes nada dicen sobre el particular” (p. 72). Me parece, sin embargo, que Paulo, 1 *ad ed.*-D. 47,23,2 (*Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem*); Ulpiano, 1 *ad ed.*-D. 47,23,3,1 (*In popularibus actionibus is cuius interest praefertur*); y Ulpiano, 1 *ad ed.*-D. 47,23,8 (*Omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur*) comentaban el edicto por desacato al decreto del magistrado municipal, y, más concretamente, el carácter popular de la acción. ¿A qué edicto, si no es al edicto por desacato, se podían referir estos comentarios edictales del libro 1 *ad edictum*? En mi opinión, como la acción por desacato era la primera acción popular que aparecía en el Edicto, los comentaristas aprovecharon la ocasión para tratar de las acciones populares en general.

381. Cfr. Gayo, 4,182; Inst. 4,16,2; <Ulp>iano, D. 3, 2, 1; *Tabula Heracleensis*, lín. 108 ss. (*FIRA. I*, pp. 148-149); *Fragmentum Atestinum*, lín. 1 ss. (*FIRA. I*, pp. 176-177); *lex Irnitana*, cap. 84. Un cotejo de todas ellas ofrece D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino VI* (Napoli 1984) pp. 2575-2590.

de la *actio de dolo*, “las acciones penales pretorias sin relación con una anterior acción civil, en principio, no eran infamantes”³⁸², por lo que la *actio de albo corrupto* no lo sería, como tampoco lo eran la *actio de servo corrupto*, la *actio de effusis vel deiectis*, etc.

B. DATACIÓN DEL EDICTO *DE ALBO CORRUPTO*

Sobre la datación del edicto *de albo corrupto* no disponemos de datos en las fuentes. A título meramente conjetural, Guarino³⁸³ lo sitúa en el siglo I a.C. Palazzolo delimita más el período de datación, y propone la primera mitad del siglo I a.C., pues es precisamente en esta época cuando se toman también otras medidas de protección “della *iurisdictio* pretoria e dell’interesse della collettività alla certezza del diritto di creazione pretoria”³⁸⁴, como son el edicto de retorsión (del 79 a.C.) y la *lex Cornelia de iurisdictione* (del 67 a.C.).

Poco se puede añadir a la acertada conjetura de Palazzolo, ya que pretender datar el edicto mediante el cotejo de penas coincidentes es, en este caso, inútil, debido a que la pena de 500.000 sestercios que impone el edicto *de albo corrupto* es absolutamente atípica por exorbitante³⁸⁵. Por otra parte, tampoco sabemos con seguridad si esta cuantía

382. D’ORS, art. cit., en *Sodalitas. Scritti Guarino* VI cit., p. 2589.

383. Vid. GUARINO, art. cit., en *ANRW*. II, 13 cit., p. 74 n. 47. El apoyo textual que pretende encontrar en Labeón-Ulpiano, D. 2, 13, 1, 1 es del todo inseguro, pues lo único que demuestra este texto es la existencia del *album*, pero no del edicto *de albo corrupto*.

384. PALAZZOLO, art. cit., en *Studi Sanfilippo* VII cit., p. 600

385. La pena edictal que más se le aproxima es la de 200.000 sestercios, en materia de *sepulchrum violatum*, contra el que habitaba dolosamente en él o había edificado algo ajeno a la sepultura (cfr. Ulpiano, D. 47, 12, 3pr). A modo de comparación, se puede señalar que la pena que imponía el edicto *de effusis vel deiectis*, del siglo I a.C., cuando el lanzamiento de sólidos o líquidos desde un edificio ocasionaba la muerte de

de la pena figuró en la redacción originaria o fue posteriormente incorporada.

C. PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN

A la luz de los datos que nos aportan las fuentes y con fundamento en la reconstrucción de Lenel³⁸⁶, ofrezco conjeturalmente la siguiente reconstrucción³⁸⁷:

**SI QUIS ID, QUOD IURIS DICUNDI CAUSA³⁸⁸ IN ALBO PROPOSITUM ERIT, DOLO MALO CORRUPERIT, IN EUM SESTERTIUM QUINGENTORUM MILIUM NUMMORUM I.D.³⁸⁹ QUICUMQUE AGERE VOLET³⁹⁰ I.D.³⁹¹ SI FILIUS FAMILIAS³⁹² VEL SERVUS INSCIEN-
TE PATRE VEL DOMINO FECISSE DICETUR, IN IUDICIO ADICIAM: AUT NOXAE³⁹³ DEDERE.³⁹⁴**

un hombre libre, era de 50.000 sestericios, es decir, diez veces inferior (cfr. Ulpiano, D. 9,3,1pr. y 5).

386. LENEL, *EP.*³, p. 57.

387. Sobre el significado de los distintos tipos de letras, vid. n. 58.

388. Cfr. LENEL, *EP.*³, p. 57, con fundamento en Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,2 (*FIRA*. II, p. 456): I.D.C.: *Iuris dicundi causa*.

389. Cfr. Ulpiano, D. 2,1,7pr.; cfr. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,6 (*FIRA*. II, p. 456): I.D.: *Iudicium dabo*.

390. Cfr. Ulpiano, D. 47,12,3pr., por analogía con nuestro edicto.

391. Valerio Probo, *de notis iuris fragmenta* 5,6 (*FIRA*. II, p. 456): I.D.: *Iudicium dabo*.

392. Cfr. Ulpiano, D. 2,1,7,1.

393. La corrección de *noxae* en vez de *noxam* parece clara; cfr. MOMMSEN, *editio maior* I, p. 294; KRÜGER, *Digesta*, p. 163 n. 7; y LENEL, *EP.*³, p. 173 n. 15.

394. Cfr. Ulpiano, D. 9,3,1pr., por analogía con nuestro edicto.

SEGUNDA PARTE:

**PALINGENESIA Y RECONSTRUCCIÓN DEL
TÍTULO I *DE IURISDICTIONE***

I. NUEVA PALINGENESIA DEL TÍTULO I *DE IURISDICTIONE*

A la luz del estudio realizado, ofrezco a continuación una nueva *Palingenesia* de los comentarios de Ulpiano y Paulo *ad edictum*, de Gayo *ad edictum provinciale*, y de los “digestos” de Juliano referidos al título *De iurisdictione*. Para facilitar su localización señalaré, tras la cita del Digesto, la numeración que Lenel atribuyó al texto en su *Palingenesia*.

Ulpianus, liber 1 ad edictum:

§ 1

- 1 – Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio (D. 2,3,1pr.) (§ 173).
- 2 – Qui vetante praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur (D. 50,17,102pr.) (§ 179).
- 3 – Verbum hoc ‘si quis’ iam masculos quam feminas complectitur (D. 50,16,1) (§ 175).
- 4 – Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur (D. 2,3,1,1) (§ 174).
- 5 – Si procurator tuus vel tutor vel curator ius dicenti non obtemperavit, ipse punitur, non dominus vel pupillus. (3) Non solum autem reum, qui non obtemperavit, hoc edicto teneri Labeo ait, verum etiam petito rem (D. 2,3,1,2-3) (§ 176).
- 6 – Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur: et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur (D. 2,3,1,4) (§ 177).
- 7 – Omnes populares actiones neque in heredes dantur neque supra annum extenduntur (D. 47,23,8) (§ 189).

- 8 – Eius est actionem denegare, qui possit et dare (D. 50,17,102,1) (§ 179).
- 9 – Sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur. (1) In popularibus actionibus is cuius interest praefertur (D. 47,23,3) (§ 188).

§ 2

- 10 – Si quis in ius vocatus fideiussorem dederit in iudicio sistendi causa non suppositum iurisdictioni illius, ad quem vocatur, pro non dato fideiussor habetur, nisi suo privilegio specialiter renuntiaverit (D. 2,5,1) (§ 178).

§ 3

- 11 – Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis (D. 2,1,4) (§ 180).
- 12 – Magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent. Et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur: verum et si non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit (D. 50,1,25) (§ 170).
- 13 – Magistratus rei publicae non dolum solummodo, sed et latam negligentiam et hoc amplius etiam diligentiam debent (D. 50,8,8) (§ 171).
- 14 – Quod ad heredem magistratus pertinet, exstat divi Pii rescriptum causa cognita debere dari actionem: nam magistratus si tanta fuit negligentia, ut omnem cautionem omitteret, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavit et tunc idonei fuerunt et postea desierunt, sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustius. Novissime non alias ait in heredem actionem dandam, quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fideiussoribus contrahunt (D. 27,8,6) (§ 172).
- 15 – Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit (D. 39,2,1) (§ 181).
- 16 – Dies cautioni praestitutus si finietur, praetoris vel praesidis officium erit ex causa vel reum notare vel protelare eum et, si hoc localem exigit inquisitionem, ad magistratus municipales hoc remittere. (1) Si intra diem a praetore constituendum non caveatur, in possessionem eius rei mittendus est. 'Eius rei' sic accipe, sive tota res sit sive pars sit rei. (2) An tamen

is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur? non puto, sed in factum actione tenebitur: nam et si a praetore missus non admittatur, eadem actione utendum est. (3) Duas ergo res magistratibus municipalibus praetor vel praeses iniunxit, cautionem et possessionem, cetera suae iurisdictioni reservavit. (4) Si forte duretur non caveri, ut possidere liceat (quod causa cognita fieri solet) non duumviros, sed praetorem vel praesidem permissuros: item ut ex causa decedatur de possessione (D. 39,2,4pr.-4) (§ 182).

- 17 – Praetor ait: ‘dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam’. Abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat: verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. Sed ‘domum, in quam degit, denuntiari’ sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur. Quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis. (6) Totiens autem praetorem exigere denuntiationem intellegendum est, si sit cui denuntietur: ceterum si non sit, veluti quod hereditaria insula est nec dum hereditas adita, vel si heres non exstet nec inhabitetur, cessat haec pars edicti. Est tamen tutius libellum ad ipsas aedes proponere: fieri enim potest, ut ita monitus defensor existat (D. 39,2,4,5-6) (§ 183).
- 18 – In eum, qui quid eorum quae supra scripta sunt non curaverit, quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur: quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam. (8) Hoc autem iudicium certam condicionem habet, si postulatum est: ceterum qui non postulavit, experiri non potest. Postulare autem proprie hoc dicimus pro tribunali petere, non alibi. (9) Si tam vicinum urbi municipium sit, ut magistratu se non interponente potuerit praetor vel praeses adiri, potest dici cessare hanc actionem adversus magistratus, quasi nihil intersit, cum in tua potestate fuerit a praetore vel praeside desiderare in possessionem mitti. (10) Haec autem actio cum rei habeat persecutionem, et heredi et in heredem et perpetuo dabitur (D. 39,2,4,7-10) (§ 184).

§ 4

- 19 – Is qui fugitivum celavit fur est. (1) Senatus censuit, ne fugitivi admittantur in saltus neque protegantur a vilicis vel procuratoribus possessorum, et multam statuit: his autem, qui intra viginti dies fugitivos vel dominis reddidissent vel apud magistratus exhibuissent, veniam in ante actum dedit: sed et deinceps eodem senatus consulto impunitas datur ei, qui intra praestituta tempora, quam repperit fugitivos in agro suo, domino vel

magistratibus tradiderit (2) Hoc autem senatus consultum aditum etiam dedit militi vel pagano ad investigandum fugitivum in praedia senatorum vel paganorum (cui rei etiam lex Fabia prospexerat et senatus consultum Modesto consule factum), ut fugitivos inquirere volentibus litterae ad magistratus dentur, multa etiam centum solidorum in magistratus statuta, si litteris acceptis inquirentes non adiuvent. Sed et in eum, qui quaeri apud se prohibuit, eadem poena statuta. Est etiam generalis epistula divorum Marci et Commodi, qua declaratur et praesides et magistratus et milites stationarios dominum adjuvare debere inquirendis fugitivis, et ut inventos redderent, et ut hi, apud quos delitescant puniantur, si crimine contingantur (D. 11,4,1pr.-2) (§ 185).

- 20 – (3) Unusquisque eorum, qui fugitivum apprehendit, in publicum deducere debet. (4) Et merito monentur magistratus eos diligenter custodire, ne evadant. (5) Fugitivum accipe et si quis erro sit. Fugitivi autem appellatione ex fugitiva natum non contineri Labeo libro primo ad edictum scribit. (6) In publicum deduci intelleguntur qui magistratibus municipalibus traditi sunt vel publicis ministeriis. (7) Diligens custodia etiam vincire permittit. (8) Tandiu autem custodiuntur, quamdiu ad praefectum vigillum vel ad praesidem deducantur. (8a) Eorumque nomina et notae et cuius se quis esse dicat ad magistratus deferantur, ut facilius agnosci et percipi fugitivi possint (notae autem verbo etiam cicatrices continentur): idem iuris est, si haec in scriptis publice vel in aedes proponas (D. 11,4,1,3-8a) (§ 186).
- 21 – Si liber pro fugitivo apprehensus erit, iniuriarum cum eo agit (D. 47,10,22) (§ 187).

Ulpianus, liber 2 ad edictum:

§ 5

- 22 – Praefectus urbi cum terminos urbis exierit, potestatem non habet: extra urbem potest iubere iudicare (D. 1,12,3) (§ 192).
- 23 – Proconsul portam Romae ingressus deponit imperium (D. 1,16,16) (§ 193).
- 24 – Municipem aut nativitas facit aut manumissio aut adoptio. (1) Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitatem ut munera nobiscum facerent: sed nunc abusive municipes dicimus suae cuiusque civitatis cives, ut puta Campanos, Puteolanos. (2) Qui ex duobus igitur Campanis parentibus natus est, Campanus est. Sed si ex patre Campano, matre Puteolana, aequè municeps Campanus est, nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur: tunc enim maternae originis erit municipes. Ut puta Iliensibus concessum est, ut qui matre Iliensi est, sit

eorum municeps. Etiam Delphis hoc idem tributum et conservatum est. Celsus etiam refert Ponticis ex beneficio Pompeii Magni competere, ut qui Pontica matre natus esset, Ponticus esset. Quod beneficium ad volgo quaesitos solos pertinere quidam putant. Quorum sententiam Celsus non probat: neque enim debuisse caveri, ut volgo quaesitus matris condicionem sequeretur (quam enim aliam originem hic habet?): sed ad eos, qui ex diversarum civitatum parentibus orerentur (D. 50,1,1) (§ 190).

- 25 – Eius, qui manumisit, municeps est manumissus, non domicilium eius, sed patriam secutus. Et si patronum habeat duarum civitatum municipem, per manumissionem earundem civitatum erit municeps. (1) Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit emit contrahit, in eo foro balineo spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum fruitur, ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa deversatur. (2) Celsus libro primo digestorum tractat, si quis instructus sit duobus locis aequaliter neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat, ex destinatione animi esse accipiendum. Ego dubito, si utrobique destinato sit animo, an possit quis duobus locis domicilium habere. Et verum est habere, licet difficile est: quemadmodum difficile est sine domicilio esse quemquam. Puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quaerens quo se conferat atque ubi constituat: nam hunc puto sine domicilio esse. (3) Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, unde arcetur, ut Marcellus scribit (D. 50,1,27) (§ 191).
- 26 – Si se subiciant aliqui iurisdictioni et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdiclio (D. 5,1,1) (§ 194).
- 27 – Si familiae erciscundae vel communi dividundo iudicium agatur et divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre et adiudicare omnes res (D. 10,2,55) (§ 195).
- 28 – Eius, qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest, quia servus decessit (D. 50,16,3,1) (§ 209).
- 29 – Nam si cum moriar dare promiseram et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait: quae sententia vera est (D. 12,6,17) (§ 196).
- 30 – Illa stipulatio: ‘decem milia salva fore promittis?’ valet. (1) Eum, qui ‘decem dari sibi curari’ stipulatus sit, non posse decem petere, quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari, Labeo ait: idque et Celsus libro sexto digestorum refert (D. 45,1,67) (§ 197).
- 31 – Si in duabus actionibus alibi summa maior, alibi infamia est, praeponenda est causa existimationis. Ubi autem aequiperant, famosa iudicia, etsi

- summam imparem habent, pro paribus accipienda sunt (D. 50,17,104) (§ 198).
- 32 – Cessat ignominia in conditionibus, quamvis ex famosis causis pendeant (D. 44,7,36) (§ 202).
- 33 – Nemo enim commodando rem facit eius cui commodat (D. 13,6,9) (§ 199).
- 34 – Non solet locatio dominium mutare (D. 19,2,39) (§ 199).
- 35 – Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum (D. 12,1,10) (§ 200).
- 36 – Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur (D. 17,2,32) (§ 201).
- 37 – Sepulchri violati actio infamiam irrogat (D. 47,12,1) (§ 203).
- 38 – Cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, vel legato agi potest, licet ruptum vel irritum aut non iustum dicatur testamentum: nec si superatus fuerit legatarius, praeiudicium libertati fit (D. 44,2,1) (§ 204).
- 39 – Etiam non municeps tutor dari potest, dummodo municipi detur (D. 26,1,10) (§ 207).
- 40 – Et si ad species curator datus sit, rem salvam fore stipulatio interponetur (D. 46,6,8) (§ 208).
- 41 – ‘Itinere faciendo viginti milia passuum in dies singulos peragenda’ sic sunt accipienda, ut, si post hanc dinumerationem minus quam viginti milia supersint, integrum diem occupent. Veluti viginti unum milia sunt passus: biduum eis adtribuetur. Quae dinumeratio ita demum facienda erit, si de die non conveniat (D. 50,16,3pr.) (§ 205).
- 42 – Solet etiam messis vindemiarumque tempore ius dici de rebus quae tempore vel morte periturae sunt. Morte: veluti furti: damni iniuriae: iniuriarum atrocium: qui de incendio ruina naufragio rate nave expugnata rapuisse dicuntur: et si quae similes sunt. Item si res tempore periturae sunt aut actionis dies exiturus est. (1) Liberalia quoque iudicia omni tempore finiuntur. (2) Item in eum, qui quid nundinarum nomine adversus communem utilitatem acceperit, omni tempore ius dicitur (D. 2,12,3) (§ 206).

Ulpianus, liber 3 ad edictum:

- 43 – ‘Nominis’ et ‘rei’ appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet. (1) Verbum ‘ex legibus’ sic accipiendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis (D. 50,16,6) (§ 215).
- 44 – Qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet neque uxori vel liberis suis neque libertis vel ceteris, quos secum habet (D. 2,1,10) (§ 210).
- 45 – Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subiectos iurisdictioni eius et in eum consentiant. Ceterum si putent eius iurisdictionem esse, non erit eius iurdictio: error enim litigatorum, ut Iulianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensum. Aut si putaverunt alium esse praetorem pro alio, aequè error non dedit iurisdictionem. Aut si, cum restitisset quivis ex litigatoribus, viribus praeturae compulsus est, nulla iurdictio est. (1) Convenire autem utrum inter privatos sufficiet an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? Lex Iulia iudiciorum ait ‘quo minus inter privatos conveniat’: sufficit ergo privatorum consensus. Proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi eius esse iurisdictionem (D. 5,1,2pr.-1) (§ 211).
- 46 – Si et iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant: nisi specialiter principali iussione prorogatio fuerit inhibita, possunt tempora, intra quae iussus est litem dirimere, prorogari (D. 5,1,2,2) (§ 212).
- 47 – Legatis in eo quod ante legationem contraxerunt, item his qui testimonii causa evocati sunt vel si qui iudicandi causa arcessiti sunt vel in provinciam destinati, revocandi domum suam ius datur. Eo quoque qui ipse provocavit non imponitur necessitas intra tempora provocationis exercendae Romae vel alio loco ubi provocatio exercetur aliis pulsantibus respondere: nam Celsus huic etiam domus revocationem dandam ait, quoniam ob aliam causam venerit: haec Celsi sententia et rationabilis est. Nam et divus Pius Plotio Celsiano rescripsit eum, qui tutelae reddendae causa Romam erat a se evocatus, alterius tutelae causa, cuius causa non erat evocatus, non debere compelli iudicium suscipere. Idem Claudio Flaviano rescripsit minorem viginti quinque annis, qui desiderarat in integrum restitui adversus Asinianum, qui alterius negotii causa venerat, non esse Romae audiendum. (4) Omnes autem isti domum revocant, si non ibi contraxerunt, ubi conveniuntur. Ceterum si contraxerunt ibi, revocandi ius non habent: exceptis legatis, qui licet ibi contraxerunt, dummodo ante legationem contraxerunt, non compelluntur se Romae defendere, quamdiu legationis causa hic demorantur. Quod et Iulianus scribit et divus Pius rescripsit. Plane si perfecta legatione subsistant, conveniendos eos divus Pius rescripsit. (5) Item si extra provinciam suam contraxerunt, licet non in

Italia, quaestionis est, an Romae conveniri possint. Et Marcellus in eo solo privilegio eos uti domum revocandi, quod in civitate sua vel certe intra provinciam contraxerunt: quod est verum. Sed et si agant, compelluntur se adversus omnes defendere: non tamen si iniuriam suam persequantur vel furtum vel damnum quod nunc passi sunt: alioquin, ut et Iulianus eleganter ait, aut impune contumeliis et damnis adficientur aut erit in potestate cuiusque pulsando eos subicere ipsos iurisdictioni, dum se vindicant. (6) Sed si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit, nec ne, ipse praetor debet causa cognita statuere. Quod si constiterit in ea eum esse causa, ut domum revocet, debebit cavere in iudicio sisti, statuente praetore in quem diem promittat. Sed utrum nuda cautione an satisdato, Marcellus dubitat: mihi videtur sola promissione, quod et Mela scribit: alioquin compelletur iudicium accipere quam invenire eos qui satis pro eo dent. (7) In omnibus autem, in quibus protelatur admonitio, hoc procedere sine temporali damno creditorum oportet (D. 5,1,2,3-7) (§ 213).

- 48 – His datur multae dicendae ius, quibus publice iudicium est, et non aliis: nisi hoc specialiter eis permissum est (D. 5,1,2,8) (§ 214).

§ 6

- 49 – Hoc edictum summam habet aequitatem, et sine cuiusquam indignatione iusta: quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit? (1) Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem iure uti debet. Si quis apud eum, qui magistratum potestatemque habebit, aliquid novi iuris optinuerit, quandoque postea adversario eius postulante eodem iure adversus eum decernetur: scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur. (2) Haec autem verba: 'quod statuerit' qui iurisdictioni praeest cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si, cum vellet statuere, prohibitus sit nec effectum decretum habuit, cessat edictum. Nam 'statuit' verbum rem perfectam significat et consummatam iniuriam, non coeptam. Et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur nec est ulla sententia, cessare edictum putamus: quid enim offuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum? (D. 2,2,1) (§§ 217-218).
- 50 – Cogitationis poenam nemo patitur (D. 48,19,18) (§ 218).
- 51 – Si quis iniquum ius adversus aliquem impetravit, eo iure utatur ita demum, si per postulationem eius hoc venerit: ceterum si ipso non postulante, non

coercetur. Sed si impetravit, sive usus est iure aliquo, sive impetravit ut uteretur licet usus non sit, hoc edicto puniatur. (1) Si procurator meus postulavit, quaeritur quis eodem iure utatur: et putat Pomponius me solum, utique si hoc ei specialiter mandavi vel ratum habui. Si tamen tutor vel curator furiosi postulaverit vel adolescentis, ipse hoc edicto coercetur. Item adversus procuratorem id observandum est, si in rem suam fuerit datus (D. 2,2,3pr.-1) (§ 219).

- 52 – Haec poena adversus omnem statuitur, qui in edictum incidit, non solum eo postulante qui ab eo laesus est, sed omni, qui quandoque experitur (D. 2,2,3,2) (§ 220).
- 53 – Si is pro quo spondisti impetraverit, ne aliquis debitor ipsius adversus eum exceptione utatur, deinde tu in negotio, in quo spondisti, velis exceptione uti: nec te nec ipsum oportet hoc impetrare, etsi interdum patiaris iniuriam, si solvendo debitor non sit. Sed si tu incidisti in edictum, reus quidem utetur exceptione, tu non utaris: nec poena tua ad reum promittendi pertinebit: et ideo mandati actionem non habebis. (4) Si filius meus in magistratu in hoc edictum incidit, an in his actionibus, quas ex persona eius intendo, hoc edicto locus sit? et non puto, ne mea condicio deterior fiat. (5) Quod autem ait praetor, ut is eodem iure utatur, an etiam ad heredem haec poena transmittatur? et scribit Iulianus non solum ipsi denegari actionem, sed etiam heredi eius (D. 2,2,3,3-5) (§ 221).
- 54 – Illud quoque non sine ratione scribit non solum in his actionibus pati eum poenam edicti, quas tunc habuit cum incideret in edictum, verum si quae postea ei acquirentur (D. 2,2,3,6) (§ 222).
- 55 – Ex hac causa solum repeti non posse Iulianus putat: superesse enim naturalem causam, quae inhibet repetitionem (D. 2,2,3,7) (§ 223).

§ 7

- 56 – Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruerit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est (1) Servi quoque et filii familias verbis edicti continentur: sed et utrumque sexum praetor complexus est. (2) Quod si dum proponitur vel ante propositionem quis corruerit, edicti quidem verba cessabunt, Pomponius autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad haec. (3) In servos autem, si non defenduntur a dominis, et eos qui inopia laborant corpus torquendum est. (4) Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quod, si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praetore iussus vel casu

aliquis fecerit, non tenetur. (5) Hoc vero edicto tenetur et qui tollit, quamvis non corruperit: item et qui suis manibus facit et qui alii mandat. Sed si alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandavit, qui mandavit tenebitur: si uterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam et si plures fecerint vel corruerint vel mandaverint, omnes tenebuntur (D. 2,1,7) (§ 216).

- 57 – In omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit: aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere (D. 9,4,3) (§ 224).
- 58 – Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, noxale iudicium in quemvis dabitur: sed si omnibus scientibus, quivis eorum tenebitur detracta noxae deditione, quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur: sed si alter scit, alter ignoravit, qui scit detracta noxae deditione convenitur, qui nescit, cum noxae deditione. (1) Differentia autem harum actionum non solum illa est, quod qui scit in solidum tenetur, verum illa quoque, quod, sive alienaverit servum qui scit sive manumiserit sive decesserit servus, dominus tenetur: sed si ipse dominus decesserit, heres eius non tenetur (D. 9,4,5) (§ 225).
- 59 – Noxalis autem non alias datur, nisi apud me sit servus: et si apud me sit, licet eo tempore non fuit, quo delinquebat, teneor, et heres meus tenetur, si noxius vivat. (1) Pomponius ait, si emptor servi noxali conventus sit, venditorem, quo sciente factum est, conveniri iam non posse (D. 9,4,7) (§ 226).

Paulus, liber 1 ad edictum:

§ 1

- 60 – Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere (D. 2,1,20) (§ 83).
- 61 – In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur. (1) In duumviros et rem publicam etiam post annum actio datur ex contractu magistratuum municipalium (D. 44,7,35) (§ 84).

- 62 – Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem (D. 47,23,2) (§ 85).

§ 2

- 63 – Ex quacumque causa ad praetorem vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus venire debet, ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit. (1) Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa a competenti iudice multa pro iurisdictione iudicis damnabitur: rusticitati enim hominis parcendum erit: item si nihil intersit actoris eo tempore in ius adversarium venisse, remittit praetor poenam, puta quia feriatus dies fuit (D. 2,5,2) (§ 86).
- 64 – Edicto cavetur, ut fideiussor iudicio sistendi causa datus pro rei qualitate locuples detur exceptis necessariis personis: ibi enim qualemcumque accipi iubet: veluti pro parente patrono (D. 2,6,1) (§ 87).

§ 3

- 65 – Ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis magistratus municipalis facere non potest. (1) Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa (D. 50,1,26) (§ 92).
- 66 – Ubicumque causae cognitio est, ibi praetor desideratur (D. 50,17,105) (§ 92).
- 67 – Si filius familias volente patre magistratum gesserit, Iulianus existimavit in solidum patrem teneri in id, quod eius nomine rei publicae abesset (D. 50,8,9) (§ 91).
- 68 – Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. Sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait. (D. 2,4,19) (§ 89).
- 69 – Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet (D. 2,4,21=D. 50,17,103) (§ 89).
- 70 – Praetoris officium est, ut missus in possessionem etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit. (1) Si plures sint domini, qui cavere debent, et aliquis non caveat, in portionem eius mittitur. Et contra si aliquot sint, qui caveri sibi desiderant, et alius pretiosiores, alius viliores habeat aedes, sive unius domus plures habeant dispartes partes: tamen non magnitudine dominii quisque, sed aequaliter mittentur omnes

in possessionem. (2) Si et dominus proprietatis et fructuarius desideret sibi caveri damni infecti, uterque audiendus est: nec enim iniuriam sentiet promissor, non plus cuique praestaturus, quam quod eius intersit (D. 39,2,5) (§ 90).

§ 5

- 71 – ‘Urbis’ appellatio muris, ‘Romae’ autem continentibus aedificiis finitur, quod latius patet (D. 50,16,2pr.) (§ 93).
- 72 – ‘Cuiusque diei maior pars’ est horarum septem primarum diei, non supremarum (D. 50,16,2,1) (§ 93).
- 73 – ‘Nominis’ appellatione rem significari Proculus ait (D. 50,16,4) (§ 94).
- 74 – Inter convenientes et de re maiori apud magistratus municipales agetur³⁹⁵ (D. 50,1,28) (§ 83).
- 75 – Praesides provinciarum ex consuetudine cuiusque loci solent messis vindemiarumque causa tempus statuere³⁹⁶ (D. 2,12,4) (§ 88).
- 76 – Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat, etiam id quod postea coepit possidere restituit (D. 5,3,4) (§ 95).

Paulus, liber 2 ad edictum:

- 77 – ‘Rei’ appellatio latior est quam ‘pecuniae’, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt (D. 50,16,5pr.) (§ 105).
- 78 – ‘Sponsio’ appellatur non solum quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque (D. 50,16,7) (§ 106).

395. Siguiendo a LENEL, *Palingenesia* I, c. 966, §83, incorporé este fragmento del comentario de Paulo en el edicto por desacato (cfr. *Estudios* I, pp. 78-79 y 83); ahora, en cambio, pienso, rectificando mi propia opinión, que este texto formó parte del comentario de Paulo al edicto de competencia jurisdiccional, en tema de jurisdicción convenida (cfr. *Estudios* II, pp. 69-75).

396. En un primer momento, pensé con LENEL, *Palingenesia* I, c. 967, §88, que este texto se refería al edicto de comparecencia ante el magistrado municipal, por lo que no traté de él en los dos primeros *Cuadernos*. Ahora, como explico extensamente en la nota 12, me inclino a pensar que en este fragmento Ulpiano comentaba el edicto de competencia jurisdiccional.

- 79 – Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: ‘pecuniam te mihi crediturum spondes?’, incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest (D. 45,1,68) (§ 104).
- 80 – Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet (D. 4,8,1) (§ 98).
- 81 – Usus fructus in multis casibus pars domini est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest (D. 7,1,4) (§ 99).
- 82 – Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur ‘quod ex Arethusa natum erit’ (D. 7,7,1) (§ 100).
- 83 – ‘Opere locato conducto’: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci *apotelesma* vocant, non *ergon*, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum (D. 50,16,5,1) (§ 105).
- 84 – Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur (D. 18,5,6) (§ 102).
- 85 – Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur (D. 16,3,6) (§ 101).
- 86 – Libertas inaestimabilis res est (D. 50,17,106) (§ 107).
- 87 – In omnem rem curator dandus est in eius tutoris locum, qui rei publicae causa afuit (D. 26,5,15) (§ 103).
- 88 – Et quia nec principaliter ei iurisdictio data est nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam iurisdictionem. Ideoque si is, qui mandavit iurisdictionem, decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est iurisdictio, geri coeperit, solvi mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis (D. 2,1,6) (§ 96).
- 89 – Legatus mandata sibi iurisdictione iudicis dandi ius habet (D. 1,16,12) (§ 97).

Paulus, liber 3 ad edictum

§ 6

- 90 – Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adessori (D. 2,2,2) (§ 111).

§ 7

- 91 – Si familia alicuius album corruperit, non similiter hic edicatur ut in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine praestiterit, quantum liber praestaret: fortasse quia hic et contempta maiestas praetoris vindicatur et plura facta intelleguntur: quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerunt vel damnum dederunt, quia plura facta sunt, non ut in furto unum. Octavenus hic quoque domino succurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta. Idem Pomponius libro decimo notat (D. 2,1,9) (§ 108).
- 92 – Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est cui per edictum postulare licet (D. 47,23,4) (§ 109).
- 93 – In delictis servorum scientia domini quemadmodum accipienda est? utrum cum consilio? an et si viderit tantum, quamvis prohibere non potuerit? quid enim si ad libertatem proclamans domino sciente faciat aut qui contemnat dominum? vel cum trans flumen sit servus, vidente quidem, sed invito domino noxiam noceat? rectius itaque dicitur scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest: et hoc in toto edicto intellegendum est circa scientiae verbum. (1) Si extraneus servus sciente me fecerit eumque redemero, noxalis actio in me dabitur, quia non videtur domino sciente fecisse, cum eo tempore dominus non fuero. (2) Cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est: nisi forte praetor unam poenam a domino exigere voluit. Ergo dolus servi impunitus erit? quod est iniquum: immo utroque modo dominus tenebitur, una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur. (3) Si detracta noxae deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius: absolutione facta et finito iudicio amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei iudicatae summovebitur, quia res in superius iudicium deducta et finita est. Donec autem prius iudicium agitur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda paeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo qui scit cum noxae deditione actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditione danda actio non est: in ipso autem iudicio si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus (D. 9,4,4) (§ 110).

Gaius, liber 1 ad edictum provinciale:

§ 1

- 94 – Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet (D. 50,1,29) (§ 53).

§ 3

- 95 – Evenit, ut nonnumquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint: adeo ut plerisque placuerit nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat (D. 39,2,6) (§ 54).

§ 5

- 96 – Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra iurisdictionem iudicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum iurisdictionis eius: apud eum agi posse Sabino Cassio Proculo placuit: quae sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est. (1) Sed et si mutuae sunt actiones et alter minorem quantitatem, alter maiorem petat, apud eundem iudicem agendum est ei qui quantitatem minorem petit, ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eum litigare possim. (2) Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum, utrum singulae partes spectandae sunt circa iurisdictionem eius qui cognoscit, quod Ofilio et Proculo placet, quia unusquisque de parte sua litigat: an potius tota res, quia et tota res in iudicium venit et vel uni adjudicari potest, quod Cassio et Pegaso placet: et sane eorum sententia probabilis est (D. 2,1,11) (§ 56).
- 97 – Vicena milia passuum in singulos dies dinumerari praetor iubet praeter eum diem, quo cautum promittitur, et in quem sistere in iudicium oportet. Nam sane talis itineris dinumeratio neutri litigatorum onerosa est (D. 2,11,1) (§ 55).

§ 6

- 98 – Illud eleganter praetor excipit: 'praeterquam si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset': et recte, ne scilicet vel magistratus, dum studet hoc edictum defendere vel litigator, dum vult beneficio huius edicti uti, ipse in poenam ipsius edicti committat (D. 2,2,4) (§ 58).

§ 7

- 99 – Adeo quidem, ut non sufficiat unum eorum poenam luere (D. 2,1,8) (§ 57).

Iulianus, liber 1 digestorum:

§ 5

- 100 – More maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet (D. 2,1,5) (§ 6).
- 101 – Saepe audiui Caesarem nostrum dicentem hac rescriptione: 'eum qui provinciae praeest adire potes' non imponi necessitatem proconsuli vel legato eius vel praesidi provinciae suscipiendae cognitionis, sed eum aestimare debere, ipse cognoscere an iudicem dare debeat (D. 1,18,8) (§ 5).
- 102 – Si legationis tempore quis servum vel aliam rem emerit aut ex alia causa possidere coeperit, non inique cogetur eius nomine iudicium accipere: aliter enim potestas dabitur legatis sub hac specie res alienas domum auferendi (D. 5,1,25) (§ 10).
- 103 – Quid enim prohibet legatum publico munere fungi et actorem custodiae causa in possessione rerum hereditariarum esse? (D. 5,1,27) (§ 11).

II. PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN DEL TÍTULO I *DE IURISDICTIONE* *

Ofrezco a continuación una propuesta de reconstrucción completa del título I *De iurisdictione* del Edicto perpetuo. Para evitar repeticiones innecesarias, he omitido el aparato crítico que aparece al final del estudio de cada edicto en particular³⁹⁷.

DE IURISDICTIONE

(§ 1)³⁹⁸ **SI QUIS I.D.P.E. NON OBTEMPERAVERIT Q.E.R.E.T.P.I. R.D.T.Q.P.D.T.D.D.P.F. QUICUMQUE AGERE VOLET I.D.**

(§ 2)³⁹⁹ **EX QUACUMQUE CAUSA AD EUM QUI I.D.P.E. IN IUS VOCATUS VENIRE DEBET, UT HOC IPSUM SCIATUR AN IURISDICTIO EIUS SIT. SI QUIS IN IUS VOCATUS NON IERIT VEL VINDICEM NON DEDERIT MULTA AB EO QUI I.D.P.E. DAMNABITUR.**

(§ 3)⁴⁰⁰ **IS QUI I.D.P.E. DAMNI INFECTI NOMINE SUO PROMITTI IUBEbit EI, QUI IURAVERIT N.K.C. ID SE POSTULARE IN EAM DIEM QUAM C.C. STATUERIT. IS QUI I.D.P.E., EUM CUI ITA NON CAVEBITUR, IN POSSESSIONEM EIUS REI, CUIUS NOMINE UT CAVEATUR POSTULABITUR, IRE IUBEbit. IN EUM QUI I.D.P.E., QUI QUID EORUM Q.S.S.S. NON CURAVERIT, QUANTI EA RES ERIT CUIUS DAMNI INFECTI NOMINE CAUTUM NON ERIT, I.D.**

* Agradezco al Profesor Álvaro d'Ors su imprescindible ayuda en la reconstrucción de los edictos del título *De iurisdictione*.

397. Sobre el significado de los distintos tipos de letras, vid. n. 58.

398. Cfr. DOMINGO, *Estudios* I, p. 85.

399. Cfr. p. 31.

400. Cfr. pp. 51.

(§ 4)⁴⁰¹ *SERVORUM FUGITIVORUM NOMINA, NOTAE ET CUIUS SE QUIS ESSE DICAT MAGISTRATUS MUNICIPALES PROPOSITA PROSCRIPTAEQUE HABEANT, ET POTESTATEM SERVOS FUGITIVOS INQUIRENDI ET PERCIPIENDI EI DENT. SERVOS FUGITIVOS IN PUBLICUM DEDUCTOS MAGISTRATUS DILIGENTER CUSTODIANT. SI A DOMINO NON AGNOSCUNTUR ID IN ... DIEBUS PROXIMIS AD PRAEFECTUM VIGILUM DEDUCI OPORTEBIT. IN EOS MAGISTRATUS QUI ITA NON FECERINT I.D.*

(§ 5)⁴⁰² *QUI EXTRA URBEM ROMAE I.D.P.E. IIS I.D. ERIT INTRA FINES MUNICIPII DE EA RE QUAE EX LEGIBUS CONSTITUTA ERIT CUIUSQUE NOMINE AGATUR. CUM EI QUI I.D.P.E. I.D. NON FUERIT NISI EI I.D. Q.M.E. FUERIT, IS QUI I.D.P.E. VADIMONIUM FIERI IUBEBIT UT DE EA RE ROMAE AGATUR. ITINERE FACIENDO VICENA MILIA PASSUUM IN DIES SINGULOS PERAGENDA.*

(§ 6)⁴⁰³ *QUOD NOVI IURIS STATUERIT QUI IURISDICTIONI PRAEEST, QUANDOQUE POSTEA ADVERSARIO POSTULANTE ADVERSUS IPSUM VEL EUM QUI ALIQUID NOVI IURIS OPTINUERIT EODEM IURE DECERNETUR. PRAETERQUAM SI QUIS EORUM QUID CONTRA EUM FECERIT QUI IPSE EORUM QUID FECISSET.*

(§ 7)⁴⁰⁴ *SI QUIS ID, QUOD IURIS DICUNDI CAUSA IN ALBO PROPOSITUM ERIT, DOLO MALO CORRUPERIT, IN EUM SESTERTIUM QUINGENTORUM MILIUM NUMMORUM I.D. QUICUMQUE AGERE VOLET I.D. SI FILIUS FAMILIAS VEL SERVUS INSCIENTE PATRE VEL DOMINO FECISSE DICETUR, IN IUDICIO ADICIAM: AUT NOXAE DEDERE.*

401. Cfr. p. 65.

402. Cfr. DOMINGO, *Estudios* II, p. 88.

403. Cfr. pp. 83.

404. Cfr. p. 102.

ÍNDICE DE FUENTES*

I. FUENTES JURIDICAS

A) *Corpus Iuris Civilis*

Instituciones:		2,1:	III-27.
1,24,3:	III-42 n.101.	2,1,1:	I-38.
1,24,4:	III-36s. n.81.	2,1,2:	I-37.
2,6,14:	III-62s. n.197.	2,1,4:	I-68, 74 n.169; II-65ss. y n.176; III-33, 34 n.74, 106.
4,8,7:	III-91 n.344.	2,1,5:	II-17, 25, 67s., 87; III-120.
4,16,2:	III-100 n.381.	2,1,6:	II-12 n.8, 17, 25, 68 y n.179, 86; III-117.
Digesto:		2,1,7:	III-84, 113s.
1,2,1,5pr.:	II-68.	2,1,7pr.:	I-51 n.95; III-73 n.250, 84ss., 100s., 102 n.389.
1,5,20:	III-73 n.256.	2,1,7,1:	III-91 n.340, 102 n.392.
1,12,3:	I-34; II-15, 23, 27, 79; III-108.	2,1,7,2:	III-89.
1,16,2:	II-27.	2,1,7,3:	III-92 n.345.
1,16,12:	II-12 n.8, 17, 25, 68, 86; III-117.	2,1,7,4:	III-88 n.328, 89 n.331.
1,16,16:	I-34; II-15, 23, 27, 80; III-108.	2,1,7,5:	III-87s., 98 y n.366, 99 n.376.
1,18,8:	II-17, 25, 87; III-120.	2,1,8:	III-84, 98 y n.367, 120.
1,21:	II-64ss.	2,1,9:	III-84, 90s., 98s. y nn.372-373, 118.
1,21,1:	I-38.	2,1,10:	I-41; II-16, 74s. y n.204, 83; III-111.
1,21,4:	II-66 n.174.		
1,21,4pr.:	II-66 n.175.		
1,21,4,1:	II-67 n.177; III-40 n.92.		
1,21,5,1:	II-65 n.170.		
1,22,1:	III-71 n.246.		
1,22,6:	III-71 n.246.		

* Este índice de fuentes abarca los tres *Cuadernos Compostelanos* de mis *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio*. Los números romanos remiten al fascículo; los árabes, a la página o a la nota, en su caso.

2,1,11:	II -17,23,38ss.,86s.; III -119.	2,3,1,1:	I -34, 43s., 51, 62ss., 82, 85 n.200; III - 105.
2,1,15:	II -69 n.184.	2,3,1,2:	I -43ss., 83,85 n.200.
2,1,16:	I -38.	2,3,1,2-3:	III -105.
2,1,17:	I -38.	2,3,1,3:	I -43, 45, 49, 72, 74, 83, 85 y n.200.
2,1,18:	II -71 n.190.	2,3,1,4:	I -42s., 45, 49ss., 60, 83, 85 n.201; III - 105.
2,1,19,1:	I -38.	2,4,12:	III -76 n.274.
2,1,20:	I -43,45,77s.y.n.181, 83; II -26, 28; III - 114.	2,4,19:	II -60 n.153; III -21 n.10, 33, 44 n.111, 115.
2,2:	I -20.	2,4,21:	III -21 n.10, 33, 44 n.111, 115.
2,2,1:	III -112.	2,5:	III -29.
2,2,1pr.:	III -70 n.241.	2,5,1:	III -21, 28ss. y n.49, 106.
2,2,1,1:	III -70ss. y nn.264 y 269,80 n.287,82,83 nn.302, 306-307.	2,5,2:	II -30s.; III -21ss.,29 n.49, 115.
2,2,1,2:	III -72s., 75 n.269, 77s. y n.278, 83 nn.301, 304 y 307.	2,5,2pr.:	II -55 n.138; III - 22ss., 26 n.31, 31 n.60.
2,2,2:	III -71 n.246, 76s. n.274, 81, 117.	2,5,2,1:	I -65 n.143; II -62 n.162, 78; III -24ss., 31 n.61.
2,2,3:	III -76s. n.274, 78s.	2,6,1:	I -34; III -21,28,30s., 115.
2,2,3pr.:	III -75 y n.264, 83 n.306.	2,6,2:	I -34,37; III -30 n.55.
2,2,3pr.-1:	III -112s.	2,7,2pr.:	III -76 n.274.
2,2,3,1:	III -79 n.284.	2,8,2,2:	III -30 n.56.
2,2,3,2:	III -80s., 113.	2,8,2,4:	III -31 n.57.
2,2,3,3:	III -79 n.285, 83 n.306.	2,8,8,3-5:	I -38.
2,2,3,3-5:	III -80 n.290, 113.	2,9,5:	III -92 n.345.
2,2,3,4:	III -79 n.286.	2,11,1:	II -17, 24, 58s., 87; III -119.
2,2,3,5:	III -83 n.307.	2,12,1:	I -38; II -61ss.nn.155 y 160; III -27 n.36.
2,2,3,6:	III -80, 113.	2,12,1,2:	II -61.
2,2,3,7:	III -79 n.285, 113.		
2,2,4:	III -70, 80 n.288, 81s., 83 n.309, 120.		
2,3:	I -20.		
2,3,1:	I -42 n.57.		
2,3,1pr.:	I -43s., 46ss., 82, 84; III -26 n.27, 105.		

2,12,2:	II-61s. nn.155 y 160; III-27 n.36.	5,1,2,3:	II-16, 25, 75 n.205, 76 n.206, 77 y nn.209-210, 83s.
2,12,3:	II-16, 60ss. y n.160, 82; III-21 n.12, 110.	5,1,2,3-7:	III-111s.
2,12,3pr.:	II-25.	5,1,2,4:	II-16, 25, 75 n.205, 77 y n.210, 84.
2,12,3,1:	II-24, 50 n.121.	5,1,2,5:	II-16, 25, 75 n.205, 76 n.208, 77, 84.
2,12,3,2:	II-25.	5,1,2,6:	II-16, 25, 63, 75 n.205, 77ss., 84.
2,12,4:	III-21 y n.12, 27 n.36, 116.	5,1,2,7:	II-16, 25, 75 n.205, 77ss., 84.
2,13,1,1:	III-101 n.383.	5,1,2,8:	II-16, 25, 75 n.205, 77ss., 84; III-112.
2,14,31:	III-76 n.274.	5,1,5:	II-55 n.138; III-22, 23 n.16.
2,14,38:	I-38.	5,1,7:	II-76 n.207.
3,1:	II-44s. n.102.	5,1,12,1:	II-68 n.180.
3,2,1:	I-37; II-18ss. y n.22, 24 y 30; III-100 n.381.	5,1,24,2:	II-75 n.205.
3,2,2:	II-19ss.	5,1,25:	II-17, 25, 75 n.205, 87; III-120.
3,2,4:	II-19.	5,1,27:	II-17, 25, 75 n.205, 87; III-120.
3,2,6:	II-19.	5,1,74,1:	I-78 n.183; II-73.
3,2,8:	II-19.	5,1,77:	II-75 n.204.
3,2,11:	II-19.	5,3,4:	I-25, 31; II-16, 23, 43, 85; III-21 n.12, 116.
3,2,13:	II-19.	6,3,1,1:	I-36 n.51.
3,4,7:	I-36 n.51.	7,1,4:	II-16, 24, 45, 86; III- 117.
3,4,9:	I-36 n.51, 38.	7,1,56:	I-36 n.51.
3,5,5,12:	II-40 n.84.	7,7,1:	II-16, 24, 45, 86; III- 117.
4,3,15:	I-36 n.51.	9,2,29,7:	I-36 n.51.
4,8,1:	II-16, 24, 44, 85; III- 117.	9,2,44,1:	III-94 n.355.
4,8,3,3:	III-73 n.256.	9,2,45:	III-93 n.349.
5,1,1:	I-78 n.183; II-15, 25, 69ss., 81; III-109.	9,3,1pr.:	III-92s. nn.347 y 352, 99s. n.377, 101s. nn.385 y 394.
5,1,2:	II-69, 77.		
5,1,2pr.:	II-16, 25, 69 n.184, 71, 83.		
5,1,2pr.-1:	III-111.		
5,1,2,1:	II-16, 25, 35 n.73, 71s., 83.		
5,1,2,2:	II-16, 25, 73s., 83; III-111.		

9,3,1,5:	III-101s. n.385.	11,4,1,5:	III-64 n.201, 65 n.208.
9,3,5,5:	I-51 n.98.	11,4,1,6:	III-61, 62 n.191, 65 n.209.
9,3,5,6:	III-92s. nn.347 y 353, 99s. n.377.	11,4,1,7-8:	III-65 n.210.
9,3,5,13:	I-51 n.97.	11,4,1,8:	III-61, 62 n.194, 65 nn.213-214.
9,4:	III-92s. nn.346-347.	11,4,1,8a:	III-61s. y nn.191-193, 65 y nn.204-206.
9,4,2:	III-94 n.355.	11,4,3:	III-55s. n.168.
9,4,2,1:	III-93 nn.349-350.	11,4,4:	I-38.
9,4,3:	I-29; II-21s.; III-84, 92s., 114.	11,4,5:	I-38.
9,4,3,5:	III-84 n.312.	12,1,10:	II-16, 24, 45, 49, 82; III-110.
9,4,3,7:	III-84 n.312.	12,1,42,1:	II-44.
9,4,4:	II-21s. y n.36; III-84, 118.	12,6,17:	II-16, 24, 44, 81; III-109.
9,4,4pr.:	III-92s. n.347, 93 y n.348.	13,5,5,7-10:	I-36 n.51.
9,4,4,1:	III-96 n.363.	13,6,9:	II-16, 24, 45, 48, 81; III-110.
9,4,4,2:	III-94ss. y n.356.	14,6,1pr.:	III-82 n.297.
9,4,4,3:	III-94ss., y nn.356-357.	15,1,3,13:	III-38 n.87.
9,4,5:	II-21s. y n.36; III-84, 94 n.355, 114.	16,3,6:	II-16, 24, 45, 49, 86; III-117.
9,4,5pr.:	III-96ss.	17,2,32:	II-16, 24, 45, 48, 82; III-110.
9,4,5,1:	III-94, 96 n.362, 99 n.375.	18,5,6:	II-16, 24, 45, 86; III-117.
9,4,7:	II-21s.; III-84, 114.	19,2,39:	II-16, 24, 45, 48, 81; III-110.
9,4,7,1:	III-96s. n.363.	21,1,17,12-14:	III-64 n.201.
9,4,31:	III-98 n.370.	21,1,23,2:	III-88 n.327.
10,2,55:	II-15, 23, 41s., 81; III-109.	22,6,9,5:	I-36 n.51.
10,4,7,3:	I-36 n.51.	24,1,3,12:	III-39 n.90.
11,3:	III-60.	26,1,6,1:	II-77 n.214.
11,4:	I-20; III-60.	26,1,6,2:	II-52 n.129.
11,4,1:	III-52ss.	26,1,10:	II-16, 24, 45, 52s., 82; III-110.
11,4,1 pr-2:	III-53ss., 107s.	26,5,3:	II-52s.; III-36s. n.81.
11,4,1,1:	III-61 n.191, 65 n.212.		
11,4,1,2:	III-55 y n.168, 60, 61 n.191.		
11,4,1,3-8a:	III-53s., 58ss., 108.		
11,4,1,4:	III-61 n.191.		

- 26,5,11: II-53.
 26,5,15: II-16, 24, 52ss., 86;
 III-117.
 26,5,24: II-53.
 27,1,13,12: II-53.
 27,8: I-38.
 27,8,1pr.: III-48 n.130.
 27,8,1,1: III-36s. n.81.
 27,8,1,10: II-53.
 27,8,1,17: III-37 n.82, 38.
 27,8,2: III-36 n.80.
 27,8,6: III-33, 35ss., 106.
 27,8,8: III-38 n.85.
 29,5,3,22: III-87 n.326.
 29,5,25,2: III-76s. n.274.
 32,70: II-18.
 32,71: II-18.
 32,73: II-18.
 32,75: II-18.
 32,76: I-38; II-18.
 35,2,18pr.: II-42.
 36,1,27: I-36 n.51.
 36,4,12: I-37.
 38,17,2,44: I-36 n.51.
 39,1,5,4: III-76 n.274.
 39,1,16: III-76s. n.274.
 39,1,18: III-76 n.274.
 39,1,22: III-76 n.274.
 39,1,23: III-76s. n.274.
 39,2: III-39.
 39,2,1: I-75 n.170; II-66
 n.174; III-33, 39ss. y
 n.88, 106.
 39,2,4: I-75 n.170; III-33,
 39 n.88, 41ss., 47.
 39,2,4pr.: III-42, 43 n.104, 51
 n.148.
 39,2,4pr.-2: III-42ss.
 39,2,4pr.-4: III-41, 106.
 39,2,4,1: III-42s., 51 n.151.
 39,2,4,1-2: III-43 n.104.
 39,2,4,2: I-76; III-43s.
 39,2,4,3: I-75; II-66 n.173;
 III-35, 39s., 42
 n.100.
 39,2,4,4: II-66 n.174; III-40,
 42 n.100, 44.
 39,2,4,5: III-21 n.10.
 39,2,4,5-6: III-41, 44ss., 107.
 39,2,4,6: III-46.
 39,2,4,7: III-46ss., 51 y n.154,
 73 n.250.
 39,2,4,7-10: III-41, 46, 107.
 39,2,4,8: III-47s., 51 n.147.
 39,2,4,9: III-48.
 39,2,4,10: II-57 n.144; III-48
 n.127.
 39,2,5: III-33, 39 n.88, 115s.
 39,2,5,1: III-41.
 39,2,6: III-33, 39 n.88, 41,
 119.
 39,2,7pr.: I-76; II-67 n.178;
 III-39, 41, 43s. y
 nn.104-105, 46, 49,
 51, 83 n.303.
 39,2,7,1: III-39 n.89.
 39,2,8: III-39 n.89.
 39,2,13,15: III-43 n.104.
 39,2,15pr.: III-42 n.102.
 39,2,15pr.-1: III-43 n.104.
 39,2,15,28: III-48 n.132.
 39,2,15,36: I-76 n.173.
 39,2,17: I-36 n.51.
 39,2,17,3: I-76 n.173.
 39,2,18,13-15: III-44 n.108.
 39,2,19: III-39 n.89.
 39,4,1: I-11 n.5.
 40,4,41,1: III-39 n.90.
 42,1,4,2: I-36 n.51.
 42,1,53: I-43s. n.68.
 42,8,6,6: III-92s. n.347.
 43,2,1pr.: II-43 n.94.

- 43,2,1,1: II-43 n.95.
43,4,1: II-67.
43,4,4,4: III-44 n.108.
43,8,7: I-68s. y n.153; III-76s. n.274.
43,19,3,11: III-83 n.305.
43,22,1: II-20 n.25.
43,23,1: II-20 n.25.
43,23,1,1: I-10 n.4.
43,24,1: II-20 n.25.
43,29,1: II-20 n.25.
43,32,1: II-20 n.25.
44,2,1: II-16, 24, 50s. y n.126, 82; III-110.
44,7,5,1: II-40 n.84.
44,7,25,1: III-76 n.274.
44,7,35: III-114.
44,7,35pr.: I-43, 46, 58s., 83s.
44,7,35,1: I-43, 46, 58s., 84.
44,7,36: II-16, 24, 45, 47, 81; III-110.
45,1,48: II-77 n.214.
45,1,67: II-16, 24, 44, 81; III-109.
45,1,68: II-16, 24, 43s., 85; III-117.
46,6,8: II-16, 24, 45, 54, 82; III-110.
47,2,1,1: III-78 n.282.
47,2,31,1: I-36 n.51.
47,10,17,4-6: III-92 n.345.
47,10,22: III-52, 108.
47,12,1: I-59 n.121; II-16, 24, 45, 49s., 82; III-110.
47,12,3pr.: I-51 n.96, 85 n.203; III-101s. n.385; 102 n.390.
47,12,3,8: I-61 n.132.
47,12,6: I-55.
47,12,8: II-49.
47,12,9: II-49.
47,23,2: I-43, 45, 52ss., 57 n.113, 84, 85 n.203; III-100 n.380, 115.
47,23,3: II-45 n.101; III-106.
47,23,3pr.: I-31, 43, 45, 52, 57s., 83, 85 n.203.
47,23,3,1: I-31, 43, 45, 52ss., 70, 83, 85 n.203; III-100 n.380.
47,23,4: I-52s., 56; III-84, 100s. y n.379, 118.
47,23,8: I-31, 43, 45, 51s., 55, 83, 85 n.203; III-100 n.380, 105.
48,2,8: III-73 n.256.
48,4,3: III-73 n.256.
48,10,25: III-90 nn.334-335, 99 n.374.
48,10,32: III-86s. n.321.
48,10,32pr.: III-90 n.335.
48,11,1pr.: III-73 n.256.
48,15: III-56 n.172.
48,19,7: II-77 n.214.
48,19,18: III-78, 112.
48,21,3,8: III-58 n.179.
50,1,1: II-15, 23, 29, 80; III-108s.
50,1,1pr.: I-80 n.190, 81s.
50,1,1,1: II-28 n.44.
50,1,11: I-38.
50,1,25: III-33, 37s., 106.
50,1,26: I-68; III-33, 115.
50,1,26pr.: II-65s.; III-34 n.73.
50,1,26,1: II-65s. y n.176.
50,1,27: II-15, 23, 28 n.44, 29 y n.51, 80s.; III-109.
50,1,27pr.: II-80.
50,1,27,1: II-30 n.54, 80.
50,1,27,2: II-30 nn.54-56, 80s.
50,1,27,3: II-30 n.54, 81.

50,1,28:	I-43, 45, 78s., 83; II-37 n.75, 69, 73 n.194; III-116.	50,16,6pr.:	I-79 y n.186; II-31ss. y n.59, 83, 88 nn.224 y 226.
50,1,29:	I-43, 45, 57, 80s., 84; II-29 n.48; III-119.	50,16,6,1:	II-31ss., 83, 88 n.225.
50,4,11pr.:	I-38.	50,16,7:	II-16, 24, 43s., 85; III-116.
50,7,9,2:	I-38.	50,16,8pr.:	III-83 n.307.
50,7,11:	I-38.	50,16,9:	II-36.
50,8:	I-20; II-11; III-34.	50,16,85:	I-37.
50,8,5:	I-36 n.51.	50,16,195,3:	I-10 n.3, 28 n.32.
50,8,8:	III-33ss., 106.	50,16,225:	I-38.
50,8,9:	III-33, 38, 115.	50,16,239,2:	I-80 n.191.
50,16,1:	I-33, 42 n.57, 43s., 52 n.104, 82, 85 n.198, III-91 n.341, 105.	50,16,239,8:	I-77 n.174.
50,16,2:	III-21 n.12.	50,17,55:	III-80 n.289.
50,16,2pr.:	I-25, 31; II-16, 23, 26s., 85, 88 nn.219-220; III-116.	50,17,102:	III-21.
50,16,2,1:	I-25, 31, 71 n.162; II-16, 25, 57, 85; III-116.	50,17,102pr.:	I-43s. 49, 82; II-29 n.50, 76s. n.274, 105.
50,16,3pr.:	II-16, 24, 42 n.89, 58s., 64 n.168, 82, 88 n.230; III-79 n.283, 110.	50,17,102,1:	I-43, 45, 83; III-106.
50,16,3,1:	II-15, 23, 42 y n.89, 81; III-109.	50,17,103:	III-21 n.10, 33, 44 n.111, 115.
50,16,4:	I-25, 31, 43, 45, 79s., 83; II-16, 23, 31s. y n.59, 85, 88 n.226; III-21 n.12, 116.	50,17,104:	I-29; II-16, 24, 45, 47, 81; III-109s.
50,16,5:	II-32 y n.62.	50,17,105:	III-33, 40 n.93, 115.
50,16,5pr.:	I-79 y n.185; II-16, 23, 31s. y n.59, 85, 88 n.224; III-116.	50,17,106:	II-16, 24, 50 n.120, 86; III-117.
50,16,5,1:	II-16, 24, 45, 86; III-117.	50,17,117:	II-42 n.91.
50,16,6:	II-16, 23, 31ss. y n.62, 83; III-111.	50,17,155,1:	III-80 n.289.

Código:

2,6:	II-45s. n.102.
2,11,18:	I-38.
3,5,1:	II-75 n.204.
5,34,5:	II-53.
5,75:	I-38.
5,75,1,1:	III-48 n.130.
5,75,5:	III-36 n.80.
9,20:	III-56 n.172.
10,40,7 :	I-38, 44, 81s.; II-29 n.52.

B) Otras fuentes jurídicas

- Basílicos:
- 7,7,1: I-47 n.69.
 - 21,2,1: II-19 y nn.22 y 24.
 - 38,8,8: III-38 n.85.
 - 51,2,1: II-51 n.125.
- Código Teodosiano:
- 9,18: III-56 n.172.
- Collatio leg. Mos. et Rom.:*
- 14,2: III-56 n.172.
 - 14,2,1: III-56 n.173.
 - 14,3,4: III-57 n.176.
 - 14,3,4-5: III-56 nn.172-173.
- Escolios:
- 21,2,1: II-19 n.24.
- Fragmento Argentoratense:
- II,B,verso: I-38; III-35 n.76.
- Fragmento Atestino:
- I-38, 78; II-17, 37, 46s., 76 n.207; III-100 n.381.
- Fragmentos Vaticanos:
- 318: II-20 n.26.
 - 319: II-20 n.126.
 - 320: II-20 y n.26.
- Instituciones de Gayo:
- 1,53: III-80 n.289.
 - 1,80: III-80 n.289.
 - 3,64: III-80 n.289.
- 4,30: II-34 n.68, 35.
 - 4,30-31: III-51 n.143.
 - 4,46: I-49 n.74, 61 n.133; III-21 n.11, 24 n.20, 25 n.24, 26 n.34, 28s. y n.46, 30 nn.51 y 53, 31 n.62, 76s. y n.275.
 - 4,139: I-68s.
 - 4,141: III-76s. n.274.
 - 4,165: III-76s. n.274.
 - 4-166: III-76s. n.274.
 - 4,182: III-100 n.381.
 - 4,183: III-24 n.20, 25, 26 n.33.
- Lex Imitana:*
- cap. 19: III-42 n.101.
 - cap. 25: II-28, 64s. 68; III-73 y n.252.
 - cap. 26: I-57 n.111.
 - cap. 29: II-26 n.39, 28, 52s. y n.133; III-36s. n.81.
 - cap. 31: III-37 n.84.
 - cap. 44: III-37 n.84.
 - cap. 45: I-57 n.111.
 - cap. 48: I-57 n.111.
 - cap. 49: II-17, 50 n.122, 57ss., 73s.; III-21s. n.12, 27 n.36, 35 n.75, 37 n.84.
 - cap. 62: I-57 n.111.
 - cap. 66: III-25, 37 n.84.
 - cap. 67: I-57 n.111.
 - capp. 67-71: II-37s. n.79.
 - cap. 69: I-78 n.183; II-17, 37s. n.79, 69 y n.185, 73 n.194.

- cap. 71: III-42 n.101.
 cap. 74: I-57 n.111.
 cap. 75: I-57 n.111.
 cap. 82: III-37 n.84.
 cap. 83: III-42 n.101.
 cap. 84: I-44, 59, 62, 68, 78 y
 n.177, 85; II-17, 26
 y n.39, 37 nn.75 y
 78, 46 n.105, 50,
 57s., 69 y n.186, 73
 n.194, 88
 n.223; III-35 n.75,
 100 n.381.
 cap. 85: I-68, 71 n.162; II-57;
 III-20 n.8, 65 n.207,
 76 n.272, 88, 89 y
 nn.331-332.
 cap. 86: III-48 n.126.
 cap. 90: I-57 n.111, 70ss.;
 III-27 n.36.
 cap. 91: I-70s., 72 n.164; II-
 34 y n.69.
 cap. 92: II-17, 73s.; III-27
 n.36.
 cap. 94: I-80; II-29.

Lex Malacitana:

- cap. 69: II-38.

Lex Rubria:

- cap. 19: I-67 n.146, 68.
 cap. 20: I-38, 48 n.73, 73
 n.166, 76 n.172 y
 173; II-65 n.169;
 III-40s. n.94, 43s. y
 n.107, 46 y n.120, 49
 y n.134, 50.
 cap. 21: I-38, 53, 61, 78; II-
 17, 37 n.76, 55s., 65
 n.169; III-28s. y
 nn.41, 46 y 48.
 cap. 22: I-38, 67 n.146.

Lex Salpensana:

- cap. 25: II-65 n.169.
 cap. 29: II-52.

Lex Ursonensis:

- cap. 94: II-65 n.169.
 cap. 109: II-52 n.128.
 cap. 129: I-53 n.106, 61.

Lex Villonensis:

- cap. 69: II-37s. n.79.

Pap. Antinopolis:

- 22: I-71.

Probo, De notis iuris fragmenta:

- 3,10: II-57 n.145.
 5,1: I-85 n.199; II-64
 n.166, 88 n.221; III-
 31 nn.59 y 63, 51
 nn.145, 150 y 152,
 73 n.251.
 5,2: III-85 n.315, 102
 n.388.
 5,6: I-85 n.204; III-51
 n.155, 65 n.215, 102
 nn.389 y 391.
 5,7: II-69 n.182, 88
 n.222.
 5,8: I-42 n.58, 60, 85
 n.202; II-32 n.60.
 5,9: III-51 n.153.
 5,11: III-51 n.146.
 5,12: III-51 n.149.
 6,20: II-27 n.40, 88 n.220.
 6,63: II-56 n.142, 64
 n.167, 88 n.228.
 6,74: II-69 n.183, 88
 n.227.

Sentencias de Paulo:

- 1,6A,4: III-62 nn.194-195,
63 n.200.
1,6A,6: III-62 nn.194 y 196,
65 nn.211 y 213.
1,6A,7: III-63 n.198.
1,13a,3: III-92 n.345.
5,25,5: III-90 n.335.
5,30b: III-56 n.172.

Tabula Heracleensis:

- lín. 84: III-73s. nn.257-258.
lín. 108ss.: II-46; III-100 n.381.
lín. 133: III-73s. nn.257-258.
lín. 140: III-73s. nn.257-258.
lín. 143: III-73s. nn.257-258.

Tablillas de Herculano:

II-52s.

Ulpiani ex libris ad edictum Fragmenta:

- I: II-45s. n.102.

II. FUENTES LITERARIAS

Apiano, *De bellis civilibus:*

- 1,38,172: I-32 n.39.

Asconio: *Pro Cornelio de maiestate:*

- 52: III-69 n.240, 72
n.247.

Capitolino, *Antoninus Pius:*

- 2,11: I-32 n.39.

Marcus Antoninus:

- 10,10: III-27 n.36.
11,6: I-32 n.39.

Dion Casio:

- 36,40,1: III-69 n.240, 72
n.247.

Catón, *De agri cultura:*

- 149: II-72 n.193.
150: II-72 n.193.

Cicerón, *Epistulae:*

Ad familiares:

- 6,18,1: II-28 n.45.

Ad Quintum fratrem:

- 1,1,7,21: III-66s. y n.217, 75
n.269.

Orationes:

Divinatio in Q. Caecilium:

- 20,67: III-68 n.232.

Pro Caecina:

- 7,19: III-45 nn.117-118.

Pro P. Quinctio:

- 17,54: III-45 nn.117-118.

Pro C. Rabirio perduellionis:

- 3,8: III-56 n.172, 57 n.
175.

Pro Q. Roscio Comoedo:

- 9,26: III-45 n.117-118.

II In C. Verrem:

- 1,52,137: III-74 y n.260.
2,47,118: III-68 n.232.
3,65,152: III-67s. nn.230 y
235.

Philosophica:

De finibus bon. et mal.:

2,28,93: III-68 n.236.

Esparciano, *Vita Hadriani:*

22,13: I-32s. nn.39 y 44.

Aulo Gelio, *Noctes Atticae:*

16,13,2: II-28s. n.46.

16,13,4: II-28s. n.46.

San Isidoro, *Etymologiae:*

15,2,10: II-46 n.103.

Plauto, *Mercator:*

3,664-666: III-57 n.176.

Plinio el Joven, *Epistulae:*

1,5: III-58 y n.181.

Séneca, *De tranquillitate animi:*

3,4: III-71 n.246.

Suetonio, *De vita Caesarum:*

41: I-71s. n.163.

Tácito, *Annales:*

2,30: III-74 n.262.

CUADERNOS COMPOSTELANOS DE DERECHO ROMANO

- N.º 1. — ÁLVARO D'ORS – XAVIER D'ORS, *Lex Imitana* (Texto bilingüe) (1988).
- N.º 2. — MARIÉ SIXTO, Las anotaciones de Trifonino a Cervidio Escévola (I) (1989).
- N.º 3. — ANA G. BUSTELO, Sobre la petición de la *bonorum addictio libertatium conservandarum causa* (A propósito de Ulpiano 60 *ad ed.* – D. 40, 5, 4, 3-5) (1991).
- N.º 4. — MARIÉ SIXTO, Las anotaciones de Trifonino a Cervidio Escévola (II) (1991).
- N.º 5. — RAFAEL DOMINGO, Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio. I. El edicto por desacato al decreto del magistrado municipal (1992).
- N.º 6. — RAFAEL DOMINGO, Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio. II. El edicto de competencia jurisdiccional (1993).